

47179

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**SECCION 19**

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 91 397 1861-2-3-4-0 Fax: 91 397 19 98

N.I.G. 28000 1 7013052 /2010

RECURSO DE APELACION 800 /2010

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 344 /2006

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 67 de MADRID

Apelante/s: GAS NATURAL SDG, S.A.

Procurador/es: MARIA AFRICA MARTIN RICO

Apelado/s: COOP. DE CONSUMIDORES Y USUARIOS CIUDAD STO.
DOMINGO

Procurador/es: MARIA DE LA PALOMA ORTIZ CAÑAVATE LEVENFELD

SENTENCIA NÚM. 74**Ponente: Ilmo. Sr. D. NICOLAS DIAZ MENDEZ****Ilmos. Sres. Magistrados:****D. NICOLAS DIAZ MENDEZ****D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ****D. MIGUEL ANGEL LOMBARDIA DEL POZO**

En Madrid a once de Febrero del año dos mil once.



La Sección Décimo-Nonena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Srs. Magistrados al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, los autos de juicio ordinario sobre declaración vigencia Convenio, plazo de aplicación del mismo y condena a su cumplimiento, con regularización de anterior facturación o, subsidiariamente, para el supuesto de que se estime resuelto condena al cumplimiento por equivalencia, con abono de daños y perjuicios, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de los de Madrid bajo el núm. 344/2006 y en esta alzada con el núm. 800/2010 de rollo, en el que han sido partes, como apelante, la entidad Gas Natural SDG, S.A., representada por la Procuradora Doña Africa Martín Rico Sanz y dirigida por la Letrada Doña Sara Jiménez Tasende, y, como apelada, la entidad Cooperativa de Consumidores y Usuarios Ciudad Santo Domingo, representada por la Procuradora Doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y dirigida por el Letrado Don Angel Luis Agiar Merino.

Se aceptan y se dan por reproducidos ~~en lo esencial~~ los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, en cuanto se relacionan con la presente resolución.

COLEGIO PROCURADORES DE MADRID

- 2 MAR 2011

- 3 MAR 2011

ANTECEDENTES DE HECHO 151.2 L.F.C. 1/2000

PRIMERO: En los autos más arriba indicados, con fecha 1 de Diciembre de 2008, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando en parte la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento, por la Procuradora Doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de Cooperativa de Consumidores y Usuarios de Ciudad Santo Domingo contra Gas Natural S.D.G, S.A.:



Administración
de Justicia

A) Debo declarar y declaro en vigor el convenio de fecha 30 de Enero de 1987, sin perjuicio de que el mismo pueda haber sido modificado con posterioridad a la interposición de la demanda en virtud de disposiciones legales.

B) Se declara que el plazo de aplicación del convenio será el de duración normal del contrato, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto sobre posibles modificaciones legales.

C) Se condena a Gas Natural al cumplimiento del Convenio en lo relativo a la aplicación de la fórmula pactada para la bonificación a los cooperativistas o bien fórmula equivalente para alcanzar la misma bonificación, y, asimismo, en lo referente a la prohibición de conexión sin autorización de la Cooperativa de comuneros que no sean cooperativistas.

D) Condena a Gas Natural a llevar a cabo la regularización de la facturación efectuada a los cooperativistas desde el 19 de Febrero de 2002 en adelante, emitiendo las facturas rectificativas o abonos que correspondan en virtud de la bonificación aplicable, tomando como base las tarifas legalmente aprobadas anualmente, con aplicación de la fórmula matemática recogida en la cláusula décima del convenio.

E) Se desestima la demanda en los restantes pronunciamientos. No procede imponer las costas a ninguna de las dos partes, debiendo cada una de ellas abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO: Contra dicha sentencia por la representación procesal de la entidad Gas Natural SDG, S.A. se preparó e interpuso recurso de apelación, que fundamenta en infracción de normas y garantías procesales reguladoras de la sentencia, por incongruencia extra petita, falta de claridad y precisión en el apartado "D" del fallo, señalando que de la simple comparación entre la pretensión o petición del suplico de la demanda y el fallo, se pone de manifiesto que existe absoluta falta de ajuste o adecuación entre lo pedido y lo concedido, otorgando algo diferente y no pedido en la demanda, incurriendo en incongruencia extra petita, con indefensión y



Madrid

Administración
de Justicia

vulneración del art. 24 CE, vulnerando el principio de contradicción y el art. 218 LEC, debiendo suprimirse "tomando como base las tarifas legalmente aprobadas anualmente, con aplicación de la fórmula matemática recogida en la cláusula décima del convenio.

Se aducen, además, también las mismas infracciones en el apartado "B" del fallo, poniendo el apartado "B" del suplico de la demanda con el apartado "B" del fallo, para indicar falta absoluta de ajuste o adecuación entre lo pedido y lo concedido, otorgando algo diferente y no pedido en la demanda, por lo que debe revocarse y suprimirse dicho pronunciamiento, incurriendo, además, en falta de claridad y precisión al establecer el plazo de aplicación del convenio en la forma en que lo hace, duración normal del contrato, que es momento o tiempo indeterminado, no identificado o soportado en ningún precepto legal, dado que la duración del contrato no se identifica en sentencia, lo que se acentúa con la expresión siguiente "sin perjuicio.....", respecto de la que la ahora apelante solicitó aclaración.

Las mismas infracciones se aducen en el apartado "D" del fallo, que infringe el art. 219 de la LEC, que prohíbe sentencia meramente declarativa de derecho a percibir dinero, poniendo en relación el suplico de la demanda con dicho apartado, debiendo haberse desestimado el pedimento por infracción del citado precepto.

Desde otra vertiente aduce la apelante infracción de normas y garantías procesales en la sentencia por error e incorrecta valoración de la prueba e infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, la extinción del Convenio de Colaboración entre Gas Madrid y la Cooperativa demandante por causas legales sobrevenidas, cuestión de orden público, señalando que el Convenio aportado como documento núm. 2 de los de la demanda establece el marco jurídico obligacional y relacional entre las partes, haciendo referencia a sus estipulaciones 1 y 2, que reflejan el sustrato origen de la relación jurídica, el servicio público



Madrid

Administración
de Justicia

de gas, y el marco regulatorio de dicha relación, la concesión administrativa para el suministro de gas a la zona, todo ello al amparo del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, aprobado por Decreto de 26 de Octubre de 2003; y cita de la Disposición adicional sexta de la Ley 34/1998 Reguladora del Sector de Hidrocarburos, en cuanto señala que la concesión administrativa y el servicio público de gas, por disposición legal, quedó extinguida, por lo que extinguido el soporte y el marco legal del Convenio por causas sobrevenidas ajenas a la voluntad de las partes, quedó igualmente extinguido el Convenio de Colaboración entre las parte en 1998, y así extinguido el Convenio de Colaboración, sin haber definido consensuadamente entre las partes un nuevo marco obligacional, las relaciones y obligaciones entre las partes quedaron sometidas y reguladas por la legislación aplicable en cada momento; siendo que cuando se interpone la demanda, Marzo de 2006, la empresa que presta el suministro no es Gas Natural SDG, S.A., con CIF A08015497, sino por aplicación de la Ley 34/1998, que obliga a la separación de actividades reguladoras y liberalizadas, es una sociedad distribuidora de gas "Gas Natural Distribución SDG, S.A., con CIF A63485890, sin que por la demandante se haya probado la existencia de vínculo que justifique la demanda contra la ahora apelante, cuando ya no tiene vinculación con ella.

Durante el 1 de Julio de 2008 y por aplicación de la Ley 12/2007, de 2 de Julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, cuya Disposición Transitoria Cuarta dispone que las empresas Distribuidoras de gas prestarán el suministro de gas hasta el 1 de Enero de 2008, Gas Natural Distribución SDG, S.A. dejó de prestar el suministro de gas, siendo prestado desde ese momento por una empresa comercializadora, Gas Natural Servicios SDG, S.A.

Desde la Ley 34/1998, se modifica el sistema económico retributivo del sector del gas, estableciendo un sistema económico integrado del sector de gas natural mediante las disposiciones legales que cita; siendo que las empresas



Madrid

Administración
de Justicia

distribuidoras de gas, no pueden suministrar gas natural desde el día 1 de Julio de 2008, careciendo de clientes desde esa misma fecha por Disposición legal, Disposición Transitorio Cuarta de la Ley 1212/2007, de 2 de Julio y Orden ITC/2309/2007, de 30 de Julio, por el que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al Suministrador de Ultimo recurso de gas natural; habiendo desaparecido el sistema de tarifas desde el 1/7/2008, por lo que todos los cooperativistas integrados en la Cooperativa demandante desde el 1/7/2008, bien habrán contratado el suministro de gas con una empresa comercializadora de gas, o bien, los que no lo hubieran hecho, han sido traspasados, por disposición normativa, a la empresa comercializadora de último recurso, que es Gas Natural Servicios, que nada tiene que ver con la ahora apelante ni con la empresa distribuidora de gas "Gas Natural Distribución SDG, S.S.", que desde el 1 de Julio de 2009 ha dejado de tener clientes y que verificó la notificación del traspaso de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la Orden ITC/2309/2007, de 30 de Julio; por lo que, en consecuencia, todas las personas que en su día fueron clientes de la ahora apelante, incluidos los cooperativistas integrantes de la demandante, ahora apelada, y que posteriormente fueron clientes de la sociedad distribuidora, Gas Natural Distribución SFG, S.A., desde el 1/7/2008, tampoco lo son, siendo clientes de una empresa comercializadora o de una empresa suministradora de último recurso; quedando indubitadamente demostrado que el Convenio de Colaboración entre Gas Madrid y la Cooperativa demandante de 1988, quedó extinguido por causas legales sobrevenidas desde el año 1998, regulándose las relaciones entre las partes por el marco legal establecido en cada momento para el sector del gas español, por lo que también debe ser revocado el primer pronunciamiento del fallo de la sentencia recurrida, declarando que no se encuentra en vigor el Convenio de 30 de Enero de 1987, ni la subrogación de 20 de Julio de 1988.



Madrid

Administración
de Justicia

Se aduce, además, incorrecta valoración de la prueba e incorrecta aplicación de los arts. 1091 y 1281 del Código Civil, lo que ampara en que la Ley 34/1988, de 7 de Octubre, proclama un nuevo régimen económico y hace cita de las disposiciones dictadas en desarrollo, para señalar que en virtud de las mismas quedó extinguido el Convenio o, en todo caso, modificado por causa sobrevenida, debiendo ambas partes haber procedido a la revisión del mismo, siendo que la demandante no hizo nada, siendo la demandada, ahora apelante, la que en Febrero de 2002, procede a remitir a aquélla la carta que obra como documento 8 de los de la demanda, comunicando que la aplicación del nuevo marco tarifario obligaba a la revisión de las condiciones particulares de la facturación; siendo que la obligación de someter a revisión el contrato, ante el evidente cambio de estructura tarifaria, del que la ahora apelante informó debidamente y con antelación suficiente a la suspensión de la bonificación, se imponía a ambas partes y no sólo a la ahora apelante, como así se suscribió en el Convenio, términos de los que la sentencia se aparta, con infracción de los citados artículos del Código Civil.

Incurrir la sentencia en error en la valoración de la prueba al extender la aplicación del Convenio después de Enero de 1992 (2002) cuando ha quedado vacío de contenido, cambio de la estructura tarifaria, y condicionada su continuidad a la revisión conjunta y consensuada por las partes y, en defecto de acuerdo, en los términos que se establecieran por los Tribunales de Justicia, lo que debió ser objeto de la demanda, por lo que también debe ser revocada la sentencia a la que el recurso se contrae y desestimar la petición de vigencia del Convenio al haber modificado la estructura tarifaria y no haberse establecido conjuntamente entre las partes las nuevas condiciones de aplicación.

Se termina suplicando que con estimación del recurso se revoque la sentencia a que se contrae y si deje sin efecto la



Madrid

Administración
de Justicia

misma con desestimación íntegra de la demanda y expresa condena en costas en ambas instancias a la demandante.

TERCERO: Por interpuesto que fue el mencionado recurso se acordó dar traslado del mismo a parte en la instancia demandante, la que presentó escrito de oposición, para en base a las alegaciones que realiza suplicar su desestimación.

CUARTO: Remitidos los autos a esta Audiencia, con fecha registro de entrada del día 17 de Diciembre 2010, por repartido que fue el conocimiento del recurso a esta Sección, se formó el oportuno rollo, se designó Ponente conforme al turno previamente establecido y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación y votación, la que tuvo lugar el pasado día siete.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es de comenzar señalando que conforme al principio "tantum devolutum quantum appellatum", que es manifestación de dispositivo, al que da expresa acogida el art. 465.4 de la LEC, esta sentencia se habrá pronunciar exclusivamente sobre los puntos y cuestiones esgrimidas en el escrito de interposición del recurso, ello en relación con lo prevenido en el art. 456 del mismo texto legal en cuanto delimita el ámbito del recurso de apelación en relación a los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos ante el tribunal de la primera instancia, recogiendo aquél también la prohibición de la "reformatio in peius" o reforma en sentido peyorativo de la sentencia para la parte apelante única; desde lo precedente es ahora de señalar como en la demanda rectora del procedimiento, presentada el 8 de Marzo de 2006, por la parte ahora apelada, se postula, frente a la ahora apelante, sentencia por la que:

A) se declare en vigor el Convenio de fecha 30 de Enero de 1987; B) que el plazo de aplicación del mismo es igual al plazo de la concesión administrativa otorgada a Gas Madrid



Madrid

Administración
de Justicia

para el suministro de Gas en la Urbanización Santo Domingo; C) se condene a Gas Natural al cumplimiento del Convenio en lo relativo a la aplicación de la fórmula pactada para la bonificación a los cooperativistas o bien fórmula equivalente para alcanzar la misma bonificación, y asimismo, en lo referente a la prohibición de conexión sin autorización de la Cooperativa de comuneros que no sean cooperativistas; D) se condene a Gas Natural a efectuar la regularización de la facturación efectuada a los cooperativistas desde el 19 de Febrero de 2002 en adelante, emitiendo las facturas rectificativas o abonos que correspondan a virtud de la bonificación aplicable; E) en el supuesto que se estime resuelto el Convenio por voluntad unilateral de Gas Natural se condene a la citada entidad al cumplimiento por equivalencia; F) se condene a Gas Natural al abono de los daños y perjuicios causados por los enganches efectuados sin consentimiento, a razón del importe de la cuota de cooperativista por cada unos de los enganches, por un total de 4.507,59 euros, más los intereses legales, y, G) se condene a la demandada a las costas del procedimiento.

Pedimentos los precedentes que fácticamente ampara, ahora en lo esencial recogido, en que fecha 30 de Enero de 1987 fue suscrito por la Comunidad de Propietarios de Ciudad Santo Domingo y Gas Madrid S.A. un Convenio de colaboración para el suministro de gas, en virtud del cual, la primera se comprometía a construir las instalaciones y red precisa para el suministro de gas, a la cesión gratuita de la propiedad de dichas instalaciones a Gas Madrid, así como a la cesión de los terrenos necesarios para la construcción por cuenta de Gas Madrid S.A. de una estación de regulación y medida, a cambio esta última se comprometía a realizar una bonificación según fórmula detallada en el Convenio, estableciendo que la bonificación será de aplicación exclusivamente para aquellos abonados que hayan accedido al servicio a través de la referida Comunidad de Propietarios y siempre y cuando para el conjunto de abonados se cumplan las siguientes condiciones:



Madrid

Administración
de Justicia

a) primer año de suministro sin condiciones, b) en el segundo año de suministro; haber alcanzado el año anterior la cifra de 400 abonados; c) en el tercer año de suministro y siguientes: además de b) haber alcanzado la cifra de consumo anual de 8 millones de termias en el año anterior; hace referencia a los tres últimos párrafo de la estipulación 10 del Convenio: "si por causas ajenas a la Comunidad de Propietarios Ciudad de Santo Domingo y Gas Madrid no se pudiera proceder a la facturación conforme a la fórmula arriba indica, ambas partes se comprometen a encontrar un procedimiento que mantenga las condiciones económicas estipuladas para el suministro", "En caso de no cumplirse las condiciones indicadas el valor de K en la fórmula de facturación sería $K=1$ ", "Cuando por parte de los Organismos de la Administración competente se modifique la actual estructura tarifaria, deberá someterse a revisión, por las partes, todo lo enunciado en esta estipulación"; y se sigue señalando como en la estipulación 16 del Convenio se establece que las partes "se obligan a transmitir, en su caso, a sus continuadores legales, cualesquiera y por los motivos que fueren, incluso de forma parcial las obligaciones que contraen por este documento", en base a la precedente estipulación, el 29 de Julio de 1988 se suscribió contrato de subrogación de la Cooperativa demandante en la posición de la antes referida Comunidad de Propietarios, haciendo referencia a estipulaciones contenidas en dicha subrogación, aceptada por Gas Madrid, contrayendo la Cooperativa la obligación de gestionar y ceder nuevos terrenos en el caso de que no se pudiera realizar la instalación de regulación según lo acordado, retrotrayéndose la efectos de la subrogación a la fecha de la firma del antes referido Convenio, se hace referencia a las obligaciones que contrae Gas Madrid, cual la de solicitar al organismo administrativo competente la autorización para la conexión a la red de distribución de gas natural de la Urbanización por comuneros de ésta que no sean miembros de la Cooperativa, con autorización previa de ésta; se pactan compensaciones económicas y que una vez cedida la



Madrid

Administración
de Justicia

red de distribución, Gas Madrid S.A. podrá utilizarla además para suministrar gas natural a otros usuarios mientras que no altere las condiciones normales de suministro a la mencionada urbanización; se hace referencia a la Orden de Concesión Administrativa de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid para el servicio público de suministro de gas combustible canalizado a la referida Urbanización, con referencia a especificaciones contenidas en la misma.

En comunicación de 22 de Abril de 1999 Gas Natural procede a confirmar la vigencia del Convenio, en el mes de Febrero de 2002 Gas Natural remite comunicación por la que notifica la suspensión temporal de las condiciones particulares de la facturación que viene aplicando, como consecuencia de la aplicación del nuevo marco tarifario y su incorporación a su sistema informático, indicando que: "una vez conozcamos el nuevo marco tarifario y sea posible establecer una relación con la situación actual, nos pondremos de nuevo en contacto con ustedes para informarles del resultado y criterio a seguir...", a dicha comunicación contesta la demandante mediante burofax de 18 de Noviembre de 2002, indicando que la tarifa a aplicar deberá ser equivalente a la bonificación que se venía efectuando en virtud del Convenio; transcurrido un año, el 13 de Febrero de 2003, Gas Natural dirige otra comunicación proponiendo la tarifa a aplicar a los Cooperativistas, que es equivalente a la tarifa normalizada por la Compañía, sin contemplar bonificación alguna, y además comunica que da por concluido el Convenio, alegando que consideran que ya se ha cumplimentado el derecho que la Cooperativa tiene a resarcirse de los gastos que en su día tuviera por la ejecución de la red, al amparo de la condición quinta del Convenio, a lo que la demandante muestra total disconformidad, estimando que el plazo de amortización debe ser, cuando menos, el mismo que le reconoce a la concesionaria por parte de la Administración Pública en la correspondiente concesión administrativa por un período de 75 años.



Madrid

Administración
de Justicia

Se concreta que hasta el mes de Febrero de 2002 Gas Natural (sucesora de Gas Madrid) ha venido aplicando las bonificaciones según la fórmula y tarifas que estaban consignadas en el Convenio, nos obstante a partir de esa fecha se suspendieron las bonificaciones en el consumo y se procedió a facturar a cada uno de los cooperativistas como a cualquier otro, siendo que se ha venido produciendo una diferencia por exceso en la facturación de los cooperativistas.

Hace referencia a enganches realizados indebidamente por la demandada y al no abono por ésta de la cantidad procedente.

SEGUNDO: La demandada comparece para oponerse a las pretensiones de la demanda y lo hace reconociendo como en virtud del Convenio en aquélla referido las partes asumieron una serie de obligaciones, para señalar que la contraprestación por ella asumida, aplicar a la tarifa de gas la bonificación que en el Convenio se detalla, ha sido rigurosamente cumplida durante quince años, señalando que ya se recogió en el Convenio la posibilidad de cambio de la estructura tarifaria y las consecuencias que tendría sobre lo pactado, con referencia a la estipulación décima in fine: "Cuando por parte de los Organismos de la Administración competente se modifique la actual estructura tarifaria, deberá someterse a revisión, por las partes, todo lo enunciado en esta estipulación", siendo que el 8 de Octubre de 1998 se publica la Ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos, cuyo objeto es renovar, integrar y homogenizar la distinta normativa vigente en materia de hidrocarburos, siendo Ley de carácter básico, proclamando un nuevo régimen económico, con normativa de desarrollo, RRDD 949/2001, de 3 Agosto y 1434/2002, de 27 de Diciembre, por lo que vigentes tales disposiciones procedía la revisión del convenio, por ello la remisión de comunicación a la demandantes en Febrero de 2002, documento 8 de la demanda, comunicando que la aplicación del nuevo marco tarifario obligaba a una nueva consideración de las condiciones particulares de la



Madrid

Administración
de Justicia

facturación por suministro de gas, haciendo transcripción parcial de dicha comunicación, para precisar que era necesario estudiar el nuevo marco tarifario y su repercusión en la actividad de distribución a la que se dedica la demandada, hace referencia a nueva comunicación, documento 10 de los de la demanda, de fecha 13 de Febrero de 2003, denunciando el Convenio, comunicación de la que también hace transcripción parcial, para concluir que el primer motivo alegado es la amortización total de la obra de construcción de la red en su día realizado por la Cooperativa, mediante la bonificación aplicada a los miembros de la Cooperativa durante 15 años, reforzado el anterior por la carencia de plazo contractual del citado Convenio, que vicia el mismo desde su origen.

Con referencia al contrato de subrogación de 29 de Julio de 1988 por parte de la demandante en la posición de la Comunidad, señala que la ahora demandada asume el compromiso de incorporar el clausulado del Convenio que la conexión a la red de distribución de gas por comuneros de la Urbanización que no sean miembros de la Cooperativa, requerirá la autorización previo de ésta, así como que una vez cedida la red, Gas Madrid podrá utilizarla además de para el suministro normal de la urbanización Santo Domingo para suministrar gas natural a otros usuarios mientras no altere las condiciones normales de suministro a la mencionado urbanización, de la integración de ambas estipulaciones llega a la conclusión que sólo se requerirá previa cuando se trata de nuevos abonados que siendo comuneros, no sean miembros de la Cooperativa, lo que excluye el supuesto de nuevos usuarios que siendo comuneros sean asimismo miembros de la Cooperativa, pues en este supuesto podría suministrar gas natural a nuevos usuarios, sin requerir autorización y en las condiciones que, en su caso, se pactaran, siendo ello lo que trasladó en la comunicación de 22 de Abril de 1999.

Vuelve a incidir en la amortización más arriba indicada, anunciando peritaje en justificación.



Administración
de Justicia

Reconoce como declaró el Convenio en vigor en fecha 22 de Abril de 1999, cuando aún se aplicaba la bonificación pactada, pero señala que en ella se manifiesta que había aplicado las estipulaciones contenidas en el Convenio a aquellos usuarios que han accedido al Servicio de gas a través de la Comunidad, a los que procedió a darlos de alta en el suministro, actuando siempre de buena fe, como se demuestra que también les aplicó la bonificación y ello sin ignorar las obligaciones Gas Natural SDG, S.A. en cuanto empresa distribuidora, queda sujeta por la nueva normativa aplicable al sector; señala que en la demanda se reconoce como vía de resarcimiento para compensar los gastos de construcción de la red, la bonificación pactada en el Convenio, habida cuenta que los nuevos abonados no soportan el coste de construcción se le ha de exigir el pago de la Cuota de la Asociación como condición necesaria para acceder al suministro de gas; hace referencia a su comunicación denunciando el Convenio por entender amortizada la obra y alegaciones en justificación de que se había producido dicha amortización, y referencia a la carencia de plazo establecido en el Convenio, por lo que debe acudir a un parámetro o punto de referencia que mida la duración del contrato y/o cuantía del mismo; hace alegaciones en el orden a la aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley del Sector de Hidrocarburos, Ley 34/1998, de 7 de Octubre, que extingue todas las concesiones administrativas quedando sustituidas de pleno derecho por autorizaciones de tiempo indefinido, por lo que admitir que el plazo de duración del Convenio por el plazo de duración de la Concesión Administrativa, llevaría a asignar una duración indefinida del Convenio, con el consecuente y manifiesto desequilibrio de las prestaciones y contraprestaciones que derivan del mismo, por lo que no puede fijarse de forma arbitraria que el plazo de 75 años, que es el que fija la Comunidad de Madrid para la Concesión Administrativa en cuestión, es el que supuestamente se entiende necesario para al resarcimiento de la inversión, siendo, además, de tener en cuenta que el proceso trae causa



Madrid

Administración
de Justicia

del Convenio de Colaboración y en él ni se pactó tiempo de duración para la bonificación, ni para el resto de su contenido, ni se supeditó o vinculó la referida bonificación al plazo de la concesión administrativa, invocando el art. 1281 del Código Civil.

No reconoce eficacia probatoria al documento presentado con la demanda relativo al coste de construcción de la red; termina haciendo referencia a las alegaciones vertidas en la demanda en orden a los intentos para la solución extrajudicial, indicando que ha tratado de trasladar verbalmente, con resultado infructuoso, las alegaciones que vierte en el contestación, reconociendo la existencia del acto de conciliación, pero no considerándolo oportuno para resolver la cuestión; para terminar suplicando se dicte sentencia desestimando íntegramente los pedimentos de la demanda, con los siguientes pronunciamientos: a) declarar la ineficacia del Convenio de fecha 30 de Enero de 1987, carente de plazo contractual, con efectos de desde el mes de Febrero de 2002; b) declarar la imposibilidad de equiparar el plazo de Concesión Administrativa con el plazo de duración del Convenio y c) en consecuencia con lo anterior declarar no haber lugar a las bonificaciones recogida en el estipulación décima del Convenio, ni en virtud de la fórmula que allí se establece ni mediante formula equivalente, d) declarar no haber lugar a la regularización de la facturación efectuada desde el 19 de Febrero de 2002 en adelante, por haber sido debidamente practicada; e) en el supuesto de estimarse la pretensión que de adverso se recoge en el correlativo del suplico de la demanda, se declare la imposibilidad técnica y jurídica de llegar a efecto el cumplimiento por equivalencia, al no haber sido detallados debidamente los criterios o bases a seguir, en su caso, para su determinación; f) absolver a la demandada del pago de 4.507,59 euros, en concepto de enganches a la red de distribución, por haber sido realizados de la forma adecuada de conformidad con la legislación vigente y g) condenar a la



Administración
de Justicia

demandante al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

TERCERO: Por providencia de fecha 26 de Mayo de 2006 se tuvo por presentado el escrito entes referido y por contestada la demanda, teniendo a la demandada por comparecida y se acuerda, entre otros extremos, convocar a las partes a la audiencia previa; por ambas partes se pide la suspensión del procedimiento y así se acuerda por auto de fecha 17 de Noviembre de 2006, alzándose la suspensión por providencia de fecha 15 de Enero de 2007, con nuevo señalamiento para la audiencia previa, que tiene lugar el 6 de Junio de 2007 y en ella ambas partes ratifican sus respectivos escrito de demanda y contestación, si bien la demandada aduce las Ordenes ITC/3992/2006, de 29 de Diciembre (BOE 30-12-2006), ITC4101/2005, de 27 de Diciembre (BOE 30-12-2005), ITC105/2005, de 28 de Enero (BOE 31-1-2005) e ITC 100/2005, de 27 de Diciembre (BOE 30-12-2005 y Ley 24/2005, de 18 de Noviembre (BOE 19-11-2005); recordar ahora que la contestación a la demanda se presentó el 22-5-2006, y la demandante señala como objeto de controversia el incumplimiento del Convenio en el año 2002 y la demandada que dicho convenio está viciado desde su origen que la vigencia del mismo no puede ser la de la Concesión y que dicho Convenio ha sido por su parte cumplido con creces; seguido el procedimiento por sus cauces recae sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal que se recoge en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, declarando como hechos probados la suscripción del Convenio de 30 de Enero de 1987 con referencia a las obligaciones de él derivadas para cada parte, coincidentes con las en demanda indicadas, igualmente la subrogación por parte de la demandante en la posición de la Comunidad de Propietarios, subrogación expresamente aceptada por la demandada; la existencia de comunicación en el mes de Febrero de 2002 por parte de la demandada a la demandante notificando la suspensión temporal de las condiciones



Madrid

Administración
de Justicia

particulares de la facturación que venía aplicando como consecuencia de un nuevo marco tarifario y su incorporación al sistema informático; un año después, el 13 de Febrero de 2003, la demanda comunica la nueva tarifa a aplicar, que se correspondía con la normal de cualquier usuario, eliminando definitivamente la bonificación efectuada; hace referencia la sentencia a las ~~pretensiones de la demanda~~ y a la oposición de la demandada arguyendo la existencia de una nueva regulación en el marco tarifario del suministro de gas natural, nacido al socaire de la ley 34/1998, de 7 de Octubre, reguladora del sector de los Hidrocarburos y de los RRDD 949/2001, de 3 de Agosto y 1434/2002, de 27 de Diciembre, así como que el Convenio estaba viciado de origen al no haber estipulado plazo concreto de duración de la bonificación, la cual no puede ir más allá del plazo que fue necesario para la amortización del precio que la Cooperativa pagó por la construcción de las instalaciones, amortización que se ha producido en los primeros quince años.

Pasa recoger la sentencia como ciertamente el Convenio no establecía plazo de duración del mismo, ni de la bonificación que la entonces Gas Madrid se comprometía a aplicar a los miembros de Cooperativa (inicialmente Comunidad de Propietarios), como tampoco se establecía plazo de duración del contrato, ni que el mismo duraría el tiempo necesario para amortizar el gastos que la Comunidad hubiera de hacer para abonar las construcciones; pasando a calificar el contrato como de tracto sucesivo y duración indefinida, a salvo su resolución por causas legales o convencionales o bien el consumidor decida contratar con otra empresa, desde ello acude a la cláusula 10 del Convenio que establecía para la facturación del suministro las tarifas autorizadas y en vigor, como base, y una bonificación para aquellos abonados cuyo consumo anual corresponde a la tarifa D-2 y hubieren accedido al servicios a través de la Comunidad de Propietarios, señalando como en la misma cláusula se prevé la posibilidad de modificación tarifaria: "cuando por parte de los Organismos de



Administración
de Justicia

la Administración competente se modifique la actual estructura tarifaria, deberá someterse a revisión, por las partes, todo lo enunciado en esta estipulación", para pasar a señalar que si no se estableció plazo de duración, es porque no se quiso; siendo que precisamente por los cambios legales en materia tarifaria, la demandada decide suspender la aplicación del Convenio en cuanto a la bonificación, pero lo hizo de forma indebida, pues lo que debió hacer fue una propuesta de revisión, pero se limitó a suspender unilateralmente la bonificación sin dar explicación durante más de un año, momento en el que finalmente la propuesta que hizo fue la de aplicar las tarifas oficiales normales, eludiendo la bonificación, sin justificación alguna, no habiendo quedado acreditado que ello obedeciera a cambio tarifario establecido legalmente, siendo que la demandada decidió unilateralmente anular la bonificación al considerar que se habían amortizado el gasto para la construcción de las obras por la demandante, como así manifiesta en la contestación a la demanda y no prueba, sin que exista dato alguno que permita establecer que las bonificaciones hayan superado el precio de las instalaciones, aun admitiendo que así se hubiera pactado; añade que tampoco hay motivo para que el pacto deba durar el tiempo de la concesión administrativa, ésta actualmente extinguida en virtud de la establecido en la Disposición Adicional de la 34/1998 y ha sido sustituida una autorización indefinida, sino que habrá de entenderse que la cláusula tendrá la duración que tenga el contrato; lo que lleva a examinar la vigencia o no sobrevinida de la relación contractual, ya que por virtud del RD 1068/2007, de 27 de Julio, el suministro de gas debe realizarse por determinadas comercializadoras con medio técnicos suficientes, legalmente autorizadas, únicas que en el mercado pueden realizar el suministro de gas natural y a las que han de ser traspasados los diferentes contratos, siendo Gas Natural Servicios, S.A. una de ellas y como distribuidora de último recurso es probablemente la actual titular del contrato discutido, en el



Madrid

Administración
de Justicia

cual se habrá subrogado, pero tal circunstancia acaecida durante el curso del procedimiento no ha quedado probada; pasando a hacer referencia al art. 4 de la Orden ITC 2309/2007, de 30 de Julio, de la que extrae que la obligación legal de cambiar de comercializadora, impone que los contratos vigentes con anterioridad sufrirán una novación subjetiva en cuanto al suministrador y podrá sufrir otras modificaciones, pero a establecer por las nuevas partes, sin que estuviera permitido a Gas Natural por su exclusiva voluntad dejar de aplicar una cláusula para ella obligatoria durante la vigencia del contrato, por lo que al momento de interponerse la demanda, momento al que ha de referirse la sentencia, el convenio entre las partes estaba vigente y debió ser cumplido por la demandada, siendo su duración la normal del contrato, sin perjuicio de los cambios que por disposición legal se hayan podido producir, que no constan en autos, lo precedente conlleva la obligación de la demandada de aplicar la bonificación en tanto el convenio siga en vigor y a abonar los cooperativista las bonificaciones que les dejó de abonar, teniendo en cuenta las tarifas oficialmente publicadas para cada año y con aplicación de la formula establecida en la cláusula 10 del contrato; desestima la pretensión indemnizatoria en demanda contenida por el hecho de haber permitido engancharse a personas ajenas a la Cooperativa.

CUARTO: Desde el contenido del escrito de interposición del recurso en relación con lo que dispone el art. 465.4 LEC, más arriba indicado, que proceda tratar en primer lugar los alegados vicios procesales de la sentencia, que de ser estimados conllevarían el efecto contemplado en el art. 465.3 de la LEC, y a tal efecto y en función de lo que se aduce conviene comenzar señalando la doctrina jurisprudencial, como más próxima en el tiempo STS de 4 febrero 2009 y las que cita, que enseña:

"a) La motivación de las sentencias tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir



Madrid

Administración
de Justicia

así su eventual control jurisdiccional -SSTS de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000 -, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial (SSTS 4 de diciembre de 2007, RC núm. 4051/2000, 13 de noviembre de 2008, RC núm. 680/2003, 30 de julio de 2008, RC núm. 1771/2001).

b) Concurre motivación suficiente para satisfacer estas finalidades siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en Derecho -STC de 20 de diciembre de 2005 -), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible -SSTS de 20 de diciembre de 2000 y de 12 de febrero de 2001 -.

c) La exigencia de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate (SSTS 4 de diciembre de 2007, RC núm. 4051/2000, STS 13 de noviembre de 2008, RC núm. 680/2003, STS 30 de julio de 2008, RC núm. 1771/2001).

La suficiencia de la motivación debe examinarse contemplando en su conjunto todas las argumentaciones contenidas en la resolución, pues todas ellas forman una unidad en cuanto están encaminadas en conjunto a justificar la decisión adoptada operando en el terreno lógico bien con carácter principal, bien auxiliar, según integren la línea de decisión o se presenten como razonamientos de carácter complementario, de refuerzo o meramente ilustrativos."

Desde otra vertiente es de señalar en cuanto a la incongruencia en su modalidad de la denominada incongruencia interna, que en general según la jurisprudencia el deber de



Madrid

Administración
de Justicia

congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el petitum (petición) y la causa petendi (causa de pedir) o hechos en que se funda la pretensión deducida (SSTS de 24 de junio de 2005, 28 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005, 1 de febrero de 2006, 24 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2006, 13 de diciembre de 2007, RC núm. 4578/2000, 18 de junio de 2008, RC núm. 599/2001). No impone la obligación de dar respuesta a todos los aspectos considerados por las partes en sus argumentaciones, ni de enfrentarse a sus puntos de vista, pues basta, como recuerda la sentencia de 12 de diciembre de 2005 (RC núm. 1851/1999), que se respete en esencia el componente fáctico y jurídico de la acción ejercitada, y, en concreto, en cuanto incongruencia interna, es de señalar con la STS de 18-12-2003, que la misma pueda tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -"ratio decidendi"- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos. Para que se produzca esta segunda modalidad de incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e incuestionable, pues en otro caso simplemente prevalece el fallo, sin perjuicio de que la oscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto de la incongruencia.

Y en cuanto al genérico concepto de congruencia, es de indicar con la STS de 3 de Febrero de 2005 que es la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (sentencias de esta Sala, entre otras, de 2 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 10 de abril de 2002, 8 de noviembre de 2002) sin alcanzar a los razonamientos (11 de marzo de 2003) y siéndolo, en principio, la sentencia desestimatoria (1 de octubre de 2001 y 19 de junio de 2003), y como añade la de 13-5-2004) es distinta la incongruencia de la falta de motivación



Administración
de Justicia

(sentencia de 2 de marzo de 2000); en particular y en relación con la incongruencia extra petita, recoge la STS de 26-2-2004 la de 13 de mayo de 2002 que resume la doctrina jurisprudencial al respecto, señalando que: "la doctrina de esta Sala, viene declarando que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación (sentencias de 15 de diciembre de 1984, 4 de julio de 1986, 14 de mayo de 1987, 18 de mayo y 20 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1997), y de contradicción (sentencias de 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991), por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium" (sentencias de 19 de octubre de 1981 y 28 de abril de 1990), sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", sentencia de 26 de diciembre de 1997), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia ("pendente appellatione nihil innovetur", sentencias de 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de junio de 1997)."

La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la "causa petendi", y determina incongruencia "extra petita" que veda resolver planteamientos no efectuados (sentencias de 8 de junio de 1993, 26 de enero, 21 de mayo y 3 de diciembre de 1994, 9 de marzo de 1995, 2 de abril de 1996, 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998), sin que quepa objetar la aplicación del principio "iura novit curia", cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso, o la extralimitación en la causa de pedir (sentencias de 8 de junio de 1993, 7 de octubre de 1994, 24 de octubre de 1995 y 3 de noviembre de 1998), ni en definitiva autoriza, como dice la sentencia 25 de mayo de 1995, la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos; y se sigue ello que ello implica un "paralelismo servil del razonamiento que



Administración
de Justicia

sirve de fundamento a la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes", sino que el Juez decida todas las cuestiones controvertidas, explícitamente o implícitamente, siempre que en ambos casos la respuesta judicial sea nítida y categórica (SSTC 67/1993, de 1 de marzo; 171/03, de 27 de mayo, etc. y de esta Sala de 6 y 23 de octubre de 1986, 24 de julio de 1989, entre tantas otras), pues, en definitiva, la congruencia se refiere a la adecuación entre el petitum de la demanda y el fallo, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el órgano judicial (STC 48/1989, de 21 de febrero; 118/1989, de 3 de julio, etc. y de esta Sala de 31 de enero de 1986, 12 de marzo de 1990, 4 de enero de 1989, 8 de mayo de 1990, 30 de abril y 13 de julio de 1991, etc.).

En otras palabras, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 24 y 28 de junio y 28 de octubre de 2005, 1 de febrero, 27 de septiembre, 24 de octubre, 30 de noviembre, 12 y 18 de diciembre de 2006, 28 de febrero y 16 de marzo de 2007, entre las más recientes) el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el petitum (la petición) y la causa petendi (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida.

La incongruencia adquiere relevancia constitucional, infringiendo no sólo los preceptos procesales (artículo 218.1 LEC), sino también el artículo 24 CE cuando afecta al principio de contradicción mediante una modificación sustancial de los términos del debate procesal que se traduce en indefensión de las partes que por no haber podido prever el alcance y sentido de la controversia se ven en la imposibilidad de alegar o actuar en apoyo de sus derechos e intereses (SSTC 34/1985, de 7 de marzo; 29/1987, de 6 de marzo, etc). La delimitación de la cuestión litigiosa viene determinada por la demanda y "por las demás pretensiones

