

EDJ 2016/219832

Jdo. de lo Mercantil nº 1, A Coruña, S 2-12-2016, nº autos 544/2015
Pte: Fernández Abella, José María

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	7

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita Ley 24/2013 de 26 diciembre 2013. Sector Eléctrico.

Cita RD 1718/2012 de 28 diciembre 2012

Cita art.10.bi, art.53, art.82, dad.1 de RDLeg. 1/2007 de 16 noviembre 2007. Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Cita RD 1454/2005 de 2 diciembre 2005. Modificación de determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico

Cita RD 1434/2002 de 27 diciembre 2002. Regulación de las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural

Cita RD 1955/2000 de 1 diciembre 2000. Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica

Cita art.11, art.221, art.394, art.711.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.12 de Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación

Cita Ley 54/1997 de 27 noviembre 1997. Sector Eléctrico

Cita art.9.2, art.124 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.7, art.1966 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita SAP Santa Cruz de Tenerife de 19 junio 2014 (J2014/195032)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

" EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

D. JOSE MARIA FERNANDEZ ABELLA Juez sustituto del Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña y de su Partido Judicial ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En A Coruña, dos de diciembre de 2.016

Vistos por D. JOSE MARIA FERNANDEZ ABELLA Juez sustituto del Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña, los autos del Juicio Verbal 544/15-G, sobre ACCION COLECTIVA DE CESACION CONTRA LA ENTIDAD GAS NATURAL S.U.R. SDG, en el que son parte el demandante el MINISTERIO FISCAL en defensa de derechos supraindividuales y la demandada, GAS NATURAL S.U.R. SDG, representada por la Procuradora Sra. Rey Fernández y asistida por el Letrado Sra. Roses Boixareu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se registró, en el Juzgado Decano, la demanda promovida por el MINISTERIO FISCAL, contra la entidad mercantil GAS NATURAL S.U.R. SDG (en adelante GAS NATURAL), en la que tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho de su pretensión finalizaba solicitando que, previos los trámites legales y el recibimiento del pleito aprueba se dicte sentencia por la que se declare que la conducta consistente en facturar consumos de energía eléctrica generados en periodos anteriores a un año tomando como referencia la fecha en la que se expidan las facturas, es abusiva y, por tanto, ilícita y que la interrupción del suministro y la inscripción en un fichero de solvencia patrimonial al cliente, en los casos en que no sean abonadas las facturas emitidas en las circunstancias expresadas en el apartado anterior, resulta abusiva y, por tanto, ilícita. Se interesa que se condene a la demandada a que se abstenga de emitir y girar facturas por consumos de energía eléctrica con una demora superior a un año y que se abstenga a interrumpir el suministro y a promover la inscripción en ficheros de solvencia patrimonial de los clientes en el caso en que no sean abonadas las facturas emitidas con la demora indicada.

De igual forma de interesa que se prohíba a la demandada a emitir y girar en el futuro facturas de consumo de energía eléctrica con una demora superior a un año, y se prohíba la interrupción, en el futuro, el suministro de energía eléctrica en el caso de que no sean abonadas las facturas emitidas con la demora indicada (superior a un año) y se prohíba incluir en el futuro en ficheros de solvencia patrimonial a los clientes que no las abonen; interesando que los pronunciamientos declarativos y de condena de la sentencia afectarán a

las personas físicas o jurídicas que incurran en la misma práctica, aunque no hayan sido parte en el proceso y se acuerde la publicación de la sentencia, con cargo a la demandada, en un periódico de los de mayor circulación, de ámbito nacional. Se interesa en el escrito rector, que se comunique al Ministerio de Industria y Energía, por si procede imponer a la empresa demandada, sanciones de carácter administrativo, de conformidad con lo establecido en la Ley 24/2013 del sector eléctrico, y que la demandada ha de informar al Juzgado sobre las medidas adoptadas para prevenir la reiteración en el futuro de la conducta litigiosa, acordando que se impondrá una multa coercitiva de 60.000 euros por cada día que transcurra, a partir del plazo que estipule la resolución, en el caso que GAS NATURAL S.U.R. no cumplimente los pronunciamientos adoptados.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Contestada la demanda en los términos que constan en autos, en fecha 4 de abril de 2016 se celebró la vista en la que las partes se ratificaron en su demanda contestándose la demandada en los términos que constan en acta; propuestas las pruebas consistentes en la documental adjuntada a autos se efectuaron conclusiones quedando los autos vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este Juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - Ejercita el Ministerio Público, una acción en la que interesa, entre otros pronunciamientos, que se declare que la facturación de energía por periodos anteriores a un año es abusiva y por tanto ilícita en la medida que es contraria a la reciprocidad y la buena fe, causando en el consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que este ha de asumir a raíz del suministro concertado.

SEGUNDO.- - Uno de los puntos discrepantes mantenidos por la demandada se refiere a la normativa a aplicar. En este sentido, es necesario reseñar la normativa existente concretada en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica; el Real Decreto 1434/2002 y el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

Como ya apuntábamos, en el auto de medidas cautelares dictada en este procedimiento, la norma relevante para resolver la reclamación es el artículo 96.2 del Real Decreto 1955/2000, que, en su redacción dada por el Real Decreto 1454/2005, prevé que en caso de tener que efectuar una refacturación complementaria, el periodo a considerar ha de ser de un año. Literalmente preceptúa que: " En el caso de comprobarse un funcionamiento incorrecto, se procederá a efectuar una refacturación complementaria. Si se hubieran facturado cantidades inferiores a las debidas, la diferencia a efectos de pago podrá ser prorrateada en tantas facturas mensuales como meses transcurrieron en el error, sin que pueda exceder el aplazamiento ni el periodo a rectificar de un año. Si se hubieran facturado cantidades superiores a las debidas, deberán devolverse todas las cantidades indebidamente facturadas en la primera facturación siguiente, sin que pueda producirse fraccionamiento de los importes a devolver. En este caso, se aplicará a las cantidades adelantadas el interés legal del dinero vigente en el momento de la refacturación. En el caso de que el error sea de tipo administrativo, los cobros o devoluciones tendrán el mismo tratamiento que el señalado anteriormente".

No somos desconocedores que, la mentada disposición normativa, irroga problemas interpretativos sobre el ámbito de aplicación del mismos y al respecto, la Comisión Nacional de Energía (en adelante, CNE), considera que la falta de facturación, en un periodo determinado, ha de tratarse como un error de tipo administrativo, por lo que, teniendo en cuenta el último párrafo del artículo 96.2, en el caso planteado, la empresa comercializadora, no podría facturar al abonado cantidad alguna que hubiere de corresponderse con un periodo que haya excedido del anual, y es que la CNE llega a esta conclusión a pesar de que el regulador no acogió su propuesta de nueva redacción del artículo 96.2 que contemplaba, expresamente, el supuesto de no facturación en plazo y el retraso en la toma de lecturas reales por la compañía distribuidora, como un error de tipo administrativo, a fin de darles el mismo tratamiento que a los errores de facturación (Informe 34/2011, de 27 de octubre de 2011 del Consejo de la CNE solicitado por la Secretaría de Estado de Energía sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1955/2000). Sin duda, el informe de la CNE, asienta, de forma indubitada, tal y como ha mantenido en diferentes informes, que "la falta de facturación en un periodo determinado debe tratarse como un error de tipo administrativo..." aserto que le lleva a la clara conclusión de que, "teniendo en cuenta el caso planteado la EMPRESA COMERCIALIZADORA no podrá facturar al INTERESADO cantidad alguna por dichos periodos... por haber excedido el periodo de rectificación en un año desde la comunicación del mismo en mayo de 2011". Por tanto, la resolución se refiere a un supuesto de facturas rectificativas dimanante de una falta de facturación o de error en la facturación, en un periodo determinado, lo que lleva a considerarlo como un error de tipo administrativo; más reproche, a priori, ha de imputarse a una actuación omisiva en la emisión de la factura dilatando su expedición, sin que se pueda escudar en una tardanza del distribuidor a la hora de efectuar la lectura de los contadores toda vez que ello, es una cuestión interna entre mandante y mandatario con la posibilidad de ejercitar, si acaso, acciones de repetición frente a ella pero no repercutir las consecuencias inherentes a dicho actuar en el consumidor el cual, es ajeno a dicha tesitura - véase informe 34/2011 de 27 de octubre-, máxime cuando el RD 1718/2012, en su art 2, concreta que, para los supuestos de facturación ordinaria, "La facturación de los consumidores acogidos a la tarifa de último recurso se efectuará por la empresa comercializadora de último recurso con base en lecturas reales.

La lectura de la energía será realizada por el encargado de la lectura con una periodicidad bimestral y puesta a disposición de la empresa comercializadora de último recurso. En el caso de suministros que cuenten con equipos de medida para capacidad de

telemedida y telegestión y efectivamente integrados en los correspondientes sistemas, la lectura se realizará con una periodicidad mensual, poniéndose a disposición de la empresa comercializadora de último recurso para su facturación mensual al consumidor".

Como decíamos, en la presente litis se ejercita una acción de cesación de la práctica reseñada entendiendo que es una práctica comercial abusiva, frente al consumidor, conllevando un desequilibrio en las obligaciones y derechos de las partes -ex art 82.1 TRLGDCU- pues bien, de seguir el argumentario de la demandada, se podrían dilatar dicha facturación, dependiendo de la diligencia y/o querencia que tenga la distribuidora en la realización de la lectura, dilación que conllevaría una desprotección para el consumidor final que es ajeno, lo reiteramos a fuerza de ser reiterativos, a dichas vicisitudes, circunstancia esta que ha de colegirse, a su vez, con la delicada situación que ha de conllevar para con el usuario cumplidor, en cuanto a tener que afrontar partidas económicas, de cierta importancia, fruto de dicha acumulación temporal, irrogada por el actuar de quien ha de efectuar la lectura; delicada situación que, si cabe, queda acrecentada en una época de crisis económica, como es la que nos toca vivir, con las consecuencias inherentes, caso concreto de no atender a las mismas, afectando a un bien esencial y prioritario para el desarrollo de una vida digna cuando no la propia supervivencia. Y es que volvemos a reiterar el argumentario de la CNE cuando asienta, de forma rotunda e indubitada, que la falta de facturación, esto es, no emitir una factura errónea sino, la ausencia de emisión de la misma, obviamente cuando dicha imposibilidad no es motivada y/o provocada por el actuar del propio usuario, cual es el caso que nos ocupa (usuarios respecto de los que el Ministerio Fiscal, en las alegaciones efectuadas en acta, los ha excluido), ha de tratarse como un error de tipo administrativo, lo que nos remite a lo sistematizado en el art 96.2 del RD 1955/2000 de 1 de diciembre cuando reglamenta que "...En el caso de que el error sea de tipo administrativo, los cobros o devoluciones tendrán el mismo tratamiento que el señalado anteriormente", esto es, identifica las consecuencias de un error de tipo administrativo a los otros casos regulados, de forma expresa, en el citado precepto -véase comprobar funcionamiento incorrecto y error de facturación- por tanto, el efectuar una facturación excediendo el plazo anual -periodo que limita para con los supuestos mentados- habría de considerarse incardinado en ese concepto de "error de tipo administrativo" máxime cuando dicha tardanza no está justificada, razonamiento que es consonante con lo establecido en la SAP de Tenerife 164/2014 de 19 de junio.

De la misma manera, el art. 51 del RD 1434/2002 viene a concretar que la responsabilidad de la lectura de los suministros habrá de ser responsabilidad de las empresas distribuidoras, en el caso de suministro de tarifa, o de la comercializadora, si nos encontramos dentro del mercado liberalizado, aun cuando podrá efectuarse la medición a través de las distribuidoras; pues bien, dicha disposición normativa precisa en el art 52.4 que, cuando no haya sido posible la realización de la lectura, se podría efectuar facturaciones estimadas con una regulación mínima anual. En el art 50 concreta la necesidad de comprobar el correcto funcionamiento, habiendo de realizar una facturación complementaria en caso de comprobar un funcionamiento incorrecto, concretando el impás temporal entre el periodo comprendido entre la última revisión o instalación del equipo y el momento de comprobación; por ello concreta, en el párrafo segundo, que " el periodo de corrección será la mitad del tiempo transcurrido desde la última revisión o instalación del equipo, siempre que no exista acuerdo en la determinación del momento en que se produjo la causa del error no admisible. En ningún caso, dicho periodo podrá exceder de un año..." Por tanto, la distribuidora viene obligada a leer el contador y, de no hacerlo, podrá hacer, conforme a dicha disposición, una facturación estimada con periodicidad al menos anual, conllevando la exclusión de la posibilidad de efectuar facturaciones superiores a un año, sin que pueda repercutir la omisión en dicho actuar, en el consumidor.

Por tanto, como ya anticipábamos ut supra, este corolario se puede obtener de la lectura del RD 1718/2012 al concretar, para los supuestos de facturación ordinaria, que "La lectura de la energía será realizada por el encargado de la lectura con una periodicidad bimestral y puesta a disposición de la empresa comercializadora de último recurso. En el caso de suministros que cuenten con equipos de medida para capacidad de telemedida y telegestión y efectivamente integrados en los correspondientes sistemas, la lectura se realizará con una periodicidad mensual, poniéndose a disposición de la empresa comercializadora de último recurso para su facturación mensual al consumidor" y continúa en su último párrafo "En todo caso y sin perjuicio de la obligación del encargado de lectura de leer con carácter bimensual, o mensual, según corresponda, se realizará una regularización anual en base a lecturas reales y, en caso de que el consumidor no facilite las lecturas, dicha regularización anual podrá realizarse en base a estimaciones", así pues, la regla general que se vislumbra por el legislador, es que dicha lectura sea mensual o bimensual sin que exista causa invocada y probada que hubiere de motivar la realización de la facturación excediendo del plazo anual, dicho en otros términos, el legislador muestra una clara vocación limitativa, incluso, en los supuestos de facturación ordinaria, sin que pueda sostenerse, tal y como aduce la demandada, que no existe plazo para que la comercializadora emita la factura dentro de este margen temporal toda vez que ello implicaría dejar inerte, en cuanto a los efectos inherentes al consumidor, la limitación temporal que se impone a la distribuidora con una limitación máxima, según los casos referidos, de un año; dicho en otros términos, se dejaría vacío de contenido la finalidad buscada por el legislador al normar la materia en la forma antedicha. Dicho aserto ha sido mantenido y refrendado por la doctrina -véase limitación temporal- y así se ha pronunciado las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias - Las Palmas (cont. adm., sección 2ª) núm. 146/2004 de 16 abril y núm. 209/2004, de 14 de mayo consideraron procedente la refacturación, cual es el caso que nos ocupa, por un plazo máximo de un año en sendos casos de funcionamiento incorrecto del contador, que había ocasionado una facturación inferior al consumo real. En ambos supuestos, las empresas eléctricas defendían la aplicación del plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 1966 del Código Civil, limitando la aplicación del artículo 96.2 únicamente a un tipo de consumidores de energía eléctrica (los cualificados) y no al conjunto de los consumidores (consumidores a tarifa equivalentes a los actuales consumidores acogidos a tarifa de último recurso). El TSJ acude a la analogía y aplica el plazo de un año a supuestos de refacturación a cualquier tipo de consumidor, distinguiendo entre el plazo del que disponen las partes para pretender la satisfacción de su derecho (plazo de prescripción de cinco años ex art. 1966.3º CC) y el www.uclm.es/centro/cesco, plazo al que puede extenderse la facturación retrasada o rectificación de la facturación (plazo de un año ex art. 96.2 RD 1955/2000). Literalmente la sentencia citada dispone: "El artículo 96 del RD 1955/2000 , reconoce un derecho -bien a favor del consumidor o del distribuidor de energía-, para el cobro de la cantidad que debe ser reintegrada, por error técnico, a la empresa distribuidora por el abonado y que consistirá en la diferencia entre la satisfecha y la que se debió de pagar por la energía facturada,

sin que pueda exceder del periodo de un año, plazo que es independiente del de prescripción y que se cita por la norma reguladora de la distribución de la energía eléctrica para fijar la cantidad que puede solicitarse - en este supuesto- por la empresa distribuidora; mientras que la finalidad del plazo del artículo 1966 del Código Civil es solamente señalar un límite a las pretensiones que las partes puedan deducir y no a los derechos que las afecten, por lo que el plazo de 5 años alegados por la parte actora no puede ser tomado en consideración para señalar la cantidad a abonar como consecuencia de anomalías en el equipo de medida." (F.J. 6º STSJ Islas Canarias - Las Palmas de 14 de mayo)".

En el presente caso, lo reiteramos por enésima vez, se trata de una práctica comercial que algunos casos son encuadrables en los supuestos de lecturas erróneas, pero no en el de supuestos de imposibilidad de lectura por causa imputable al usuario, efectuándose una facturación por periodos superiores al año al realizar la lectura por parte de la distribuidora excediendo dicho plazo, habiendo de refrendar que, la acción ejercitada por el Ministerio público, no puede amparar, ni ampara, un comportamiento defraudador que, incluso, pudiere tener recorrido penal, tal y como ya matizó en las alegaciones complementarias efectuadas y es que lo que el Ministerio Público no asume es que al consumidor se le imponga, al libre arbitrio de los agentes que intervienen en el mercado energético, una facturación que excediese del plazo máxime cuando, la comercializadora, ha asumido y rectificado, la precitada indebida praxis, una vez efectuadas las reclamaciones por parte de los usuarios correlacionados con el escrito rector, afectando este comportamiento a una multiplicidad de usuarios tal y como se colige de la susodicha documental adjuntada con el escrito rector, correspondiente a usuarios del área de la Fiscalía de A Coruña en total, 44 expedientes sancionadores, número que no es de desdeñable pese a que se diga por la demandada que los errores de facturación representan un 0,003% del total y es que este numeral, ha de colegirse con el ingente volumen de clientes de la entidad, más de veinte millones de facturas, lo que da una idea más certera del número de clientes afectados.

Hemos de traer a colación, aun cuando no es objeto de la presente controversia, que, según dispone el art 22.2 d) del RD 1434/2002 " el consumidor está obligado a hacer el pago de suministro de acuerdo a las condiciones contratadas", pues bien, habremos de preguntarnos, lo hacemos a meros efectos dialécticos, si en la refacturación del suministro han de aplicarse los precios actuales -entiéndase por actuales, los existentes en el momento de efectuar la refacturación- generalmente al alza; lo que supondría un perjuicio a los intereses del consumidor que no haya propinado o contribuido a ser causa eficiente de dicho retraso; o el precio correspondiente al momento del consumo, habiendo de recordar que el art 89.2 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU) establece que se han de considerar abusivas y, por ende, nulas aquellas que transmitan al consumidor " las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables".

Es necesario hacer un somero análisis de la prueba adjuntada a autos y concretar lo acontecido en diferentes supuestos de consumidores que han resultado afectados; efectivamente, se aporta diferentes reclamaciones de otros tantos consumidores frente a las cuales la entidad demandada, Gas Natural, ha mantenido un posicionamiento de asunción de la mala praxis por cuanto, expresamente, reseña que "No obstante, se ha procedido a anular la factura... debido a que se pasaba al cobro un consumo anterior a un año" -véase doc nº 6, 8, 24, 30, 41, 44, 48, 51, 58, 62, 67, 69, 74, 82, 88 y 103-, esto es, en contra de lo ahora apuntado, (venire contra factum proprium non valet) la entidad asumió y rectificó dicho actuar, anulando la factura que era objeto de reclamación, en cada una de las reclamaciones, y lo hizo sin alegar ningún sustento legal que amparase dicho proceder, y sin sustentar el derecho, alegado en la presente reclamación, de estar dentro de los márgenes legales para efectuar esa facturación, una vez que se realizase la lectura por la distribuidora, aunque la misma excediese del plazo anual; bien al contrario, nada adujo en las diferentes reclamaciones unidas a autos, anulando las facturas, asumiendo el error administrativo, no existiendo la más mínima justificación para perpetuar dicho actuar, lo que no se corresponde con lo acontecido a posteriori, a la vista de las diferentes reclamaciones y expedientes sancionadores adjuntados, dando la impresión que sólo se reacciona cuando el consumidor efectúa la reclamación oportuna, provocando y presumiendo la existencia de que se aboca al usuario afectado a un verdadero peregrinaje procesal para defender sus derechos y ello ha de colegirse, tal y como se puso en evidencia, con el hecho de encontrarnos ante un servicio esencial para el desarrollo de una vida normal, lo que hace ser más estrictos a la hora de efectuar la interpretación normativa. Aduce la demandada, como causa de dicho posicionamiento en los expedientes articulados, que se acogieron al pago de la sanción obedeciendo a "una política de empresa"; al respecto, vaya por delante que no se menta dicha justificación en las alegaciones de dichos expedientes, nada se aduce, asumiendo no sólo la devolución de las cantidades facturadas, sino la sanción y el abono de compensación a los clientes, lo que mal casa que ello pueda incardinarse en una política de empresa, como tampoco se explica que dicha política de empresa para no litigar con la administración pública, hubiere de ser consustancial con el hecho de que siga reiterando dicho actuar dando lugar a una litigiosidad perpetua. Buena prueba de este defectuoso actuar es que se puso en evidencia, por la demandada, en sede de cautelares que, desde enero de 2016, se ha dejado esta forma de actuar, lo que mal casa, nuevamente, con la alegación de la parte de actuar en perfecta sintonía con lo codificado legislativamente, siendo esto si, compatible con la mentada política de empresa, pero adoptándola muy a posteriori, de los expedientes articulados, y sin que exista garantía de reproducir este actuar en el futuro, al menos no se ha adjuntado compromiso y/o acuerdo alguno en este sentido.

Por lo que respecta a las condiciones generales que figuran en contratos celebrados con consumidores y usuarios, el art. 8.2 reputa nulas las condiciones generales que sean abusivas, remitiéndose en este punto a lo establecido en el art. 10 bis y DA 1ª TRLGDCU (los artículos 80 a 91 sustituyen la vieja regulación recogida en el anterior artículo 10 bis de la Ley; y se establece en el art. 82 que " se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato " precepto que se extiende y equipara a las prácticas no consentidas. El apartado 4 de este artículo 82 del TRLGDCU (al que se remite la LCGC) está referido a la denominada lista negra de cláusulas y/o prácticas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que, en cualquier circunstancia, son abusivas: " 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en

el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. "

Analizados los supuestos contenidos en la llamada lista negra, podemos calificar el proceder cuestionado, como contrario a la buena fe y es que la entidad comercializadora asumió su mala actuación, una vez se iniciaron y tramitaron los expedientes sancionadores, sin que se justificase, ni alegase, que dicho actuar estuviere amparado normativamente y supiese o presumiese, al menos así hemos de deducirlo a resultas de su actuar ante las reclamaciones efectuadas, que dicha facturación no se adecuaba a lo establecido reglamentariamente, quebrantando la ética social vigente; ello nos lleva a entender que no se ha actuado leal y equitativa para la otra parte, que es lo que la Directiva Comunitaria 93/13/CEE concreta como requisitos que han de existir para apreciar la concurrencia de buena fe. En este sentido el alto tribunal en STS 22-03-13 llega a precisar que "el retraso desleal como contrario a la buena fe, es apreciable cuando el derecho se ejercita tan tardíamente que se torna inadmisibile porque la otra parte pudo pensar, razonablemente, que ya no se iba a ejercitar (STS 5-10-07 ; 4-7-97 ; 2-2-96 y 21-5- 82 entre otras) exigiendo para poder apreciar el retraso que la conducta de la parte a quien se reprocha puede ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívocamente de la renuncia del derecho... (STS 7-6-10 y 22-10-02)"; la STS 12-1-12 precisa que la infracción se centra en el primer párrafo del art 7 del CC que establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, la cual ha de interpretarse en " la conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación" (en iguales términos STS 16-02 - 05; 8-03 y 12-04-06; 21-12-00; 17-06-88 entre otras). Por tanto, la buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, en definitiva, debe considerarse como un principio positivado que impone deberes a los titulares de derechos; por ello ha de entenderse que en el art 7 CC se recoge uno de los principales aspectos de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que ha de entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. Se enuncia diciendo " un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercita el derecho" y como afirma la STS 3-12-10 "se considera que son características de esta situación de retraso desleal: a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitara. En este sentido la jurisprudencia de esta sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (STS 16-02-05 ; 8-03 y 12-04-06), bien a la doctrina de abuso de derecho (STS 17-06-88 ; 21-12-00 y las citadas)".

Pero es que ha de calificarse la práctica como abusiva, por falta de reciprocidad. Determina el "Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: 1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos. 2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario. 3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad. 4. La posibilidad de que el empresario se quede con cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato. 5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado. 6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".

Es necesario advertir que las reclamaciones de las partidas económicas exigidas a los usuarios se hacía bajo la expresa advertencia de que, en caso de impago, se procedería a la interrupción del suministro -recuérdese lo esencial del mismo para una vida digna- y su inscripción en un Registro de solvencia patrimonial, con las importantísimas consecuencias que, para la restricción del acceso al crédito ello comporta; esto es, se pretende grabar al consumidor con unas secuelas, respecto de los que es ajeno, trasladándole los efectos dimanantes del mismo -recordemos que nos encontramos ante un hecho notorio cual es que, en determinados sectores, (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional.

Por tanto, quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él, circunstancia esta que no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente. Por tanto, el usuario, parte adherente, es la que se encuentra más desprotegida lo que hace que la interpretación de la norma haya de ser estricta evitando prácticas que generen un verdadero desequilibrio para el adherente, por cuanto sería tanto como permitir que quede al albur del actuar de las entidades suministradores y/o comercializadoras, la concreción temporal de la lectura y

facturación con las importantísimas consecuencias mentadas, caso concreto que no asumieran dicho abono, lo que conlleva que se tenga que considerar abusiva dicha práctica.

TERCERO.- Entrando en las matizaciones efectuadas para con el suplico de la demanda rectora, precisamos que el petitum se reconduce a la acción principal de cesación a las que se vincula las accesorias concretadas que han de ser analizadas y matizadas a la luz de las alegaciones efectuadas por la demandada.

Sabido es que la Ley admite el ejercicio de las llamadas acciones colectivas, de cesación, retractación y declarativa, por parte de determinadas entidades (asociaciones y corporaciones de empresarios y profesionales, así como las de consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, entidades supranacionales o incluso el propio Ministerio Fiscal, cual es el caso). En concreto, la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado, predisponente, a cesar en la conducta, así como a abstenerse de reiterarlas en un futuro (art 53 TRLGDCU).

Ha de traerse a colación cuál es la finalidad y configuración de la acción de cesación, como la aquí entablada, y que se concreta en un corolario de pronunciamientos judiciales de los que hemos de reseñar las siguientes:

La Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004, se refiere a las mismas señalando que "... Se trata de acciones que pretenden obtener una resolución judicial que ordene la cesación de una práctica prohibida o contraria a las concretas leyes que recogen la acción y la prohibición por parte de la autoridad judicial de que dicha práctica se repita en el futuro. Eventualmente, a pesar de que la conducta haya cesado en el momento de interponerse la demanda, puede pretenderse la prohibición de su realización siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Por tanto, comparando preceptos que las regulan, pueden establecerse como notas características comunes a todas las acciones de cesación las siguientes; en primer lugar se dirigen contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que respecto a las cuales existen serios indicios para temer su reiteración de modo inmediato; en segundo lugar no basta con que la conducta sea genéricamente perjudicial para los consumidores, sino que ha de contravenir la legislación que específicamente contempla la posibilidad de utilizar dicha acción".

La Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013 dispone que: " El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas)...No debe perderse de vista, sin embargo, que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención). La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola (abstención de emplearla en lo sucesivo)... Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos... "

La STS de 17 de junio de 2.010 señala que no existe óbice para estimar la acción de cesación en aquellos casos en que, como en el presente, la parte predisponente no hace uso de la condición predispuesta en el contrato de adhesión al tiempo de la presentación de la demanda, pero existe la posibilidad futura de utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso, máxime cuando la demandada no manifiesta su compromiso de no uso, se opone a la acción y se limita a señalar que no ha seguido utilizando esta práctica, en los términos que resultan objeto de análisis.

Como ilustra la SAP Madrid, Sec. 28ª, de fecha 26-07-2013, en el Fundamento Jurídico Quinto, el control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas y el ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

Partiendo pues, a la luz de lo señalado, cuales son las notas definitorias y comunes a las acciones de cesación ahora ejercitadas y sus efectos, bajo estos parámetros hemos de valorar si la petición de la actora se atiene a tales presupuestos o si faltan tales presupuestos jurídico materiales. Cuestiona la demandada la eficacia ultra partes de la resolución, tal y como petitiona el Ministerio Fiscal, al entender que ello es predicable para con las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios sin que sea, predicable y ampliable, dichos efectos cuando es articulada la acción por el Ministerio Fiscal.

Conviene recordar que toda demanda colectiva, cual es el caso, ha de tener una vocación de generalidad buscando, caso concreto de obtener una sentencia estimatoria de las pretensiones, la reparación del daño irrogado a todos los afectados por la cláusula o práctica impugnada; ninguna duda existe en cuanto a que la ley otorga la legitimación para el ejercicio de acciones en defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidos y al Ministerio Fiscal (ex art 11 de la LEC) para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. De la misma manera, no es objeto de discusión que en el art 221 de la LEC, que se ocupa de la eficacia de cosa juzgada, comienza refiriéndose a " las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios... la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente", obviando referencia alguna a que dicho efecto se predicase y ampliase, en el supuesto de que la acción haya sido articulada a instancia del Ministerio Fiscal. Ciertamente, no se puede comprender dicha omisión, máxime si se tiene en cuenta la posición procesal del Ministerio público que articula la acción con el fin de depurar del mercado prácticas ilícitas o abusivas buscando una defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, ansiando la satisfacción del interés social ante los tribunales (ex art 124 CE) máxime cuando estas disfunciones difícilmente se pueden corregir a través de la iniciativa popular; con ello se hace efectivo el mandato constitucional establecido en el art 9.2 de la CE cuando menta " corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Hemos de llamar la atención lo que estipula la Disposición 4ª de la LCGC cuando precisa que " las referencias contenidas en la LEC a las Asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, a los litigios en que se ejecuten acciones colectivas contemplados en la presente LCGC, a las demás personas que están legitimados para su ejercicio" entre las que se encuentran, recordemos, el Ministerio Público, por ello la doctrina entiende más lógico que esta vocación de generalidad se aplique a todos los legitimados, incluido el Ministerio Fiscal -véase el profesor Víctor Moreno Catena en su obra " Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje".

Por tanto, las objeciones efectuadas en la contestación, en este extremo, no se han de acoger en base a lo argumentado.

En último término, se cuestiona la pretensión de imponer, en concepto de multa coercitiva, para el caso de incumplimiento del pronunciamiento judicial. Hemos de recordar que el legislador -ex art 711.2 LEC - precisa la posibilidad de imponer una multa coercitiva en la propia resolución y así lo precisa el citado precepto, sin que se tengan que concretar en ejecución de sentencia, tal y como aduce la parte, multa coercitiva que oscilará entre los seiscientos y setenta mil euros por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, peticionando el actor que dicha multa se cuantifique en sesenta mil euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la sentencia. Dicha previsión sancionadora, tiene una finalidad de dar efectividad de los pronunciamientos de cesación de la sentencia, entendiendo este juzgador que la pretensión cuantitativa peticionada es excesiva; a tal efecto, se impondrá una multa coercitiva de diez mil euros por cada día que transcurra, a partir de los dos meses siguientes a la fecha de su firmeza de la presente resolución, sin que GAS NATURAL S.U.R. haya cesado en la práctica declarada ilícita y abusiva con la abstención de girar facturas con una demora superior a un año. La cantidad se estima proporcional en atención al volumen de negocio de la citada mercantil teniendo en cuenta la de capacidad técnica de la entidad para el cumplimiento del pronunciamiento judicial en el impás temporal estipulado.

QUINTO.- En cuanto a las costas, conforme -ex art 394 de la LEC -, no procede imponer las costas a ninguna de las partes, pues la complejidad jurídica inherente a las acciones colectivas que se han entablado en la demanda, así como el hecho de que se trata de una cuestión jurídica de índole interpretativa, conlleva la justificación de no efectuar un especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO, la demanda interpuesta por el MINISTERIO FISCAL, contra la demandada, GAS NATURAL S.U.R. SDG, representada por la Procuradora Sra. Rey Fernández y asistida por la Letrado Sra. Roses Boixareu, en consecuencia:

DEBO DECLARAR Y DECLARO que la conducta consistente en facturar consumos de energía eléctrica generados en periodos anteriores a un año tomando como referencia la fecha en la que se expidan las facturas, es abusiva y, por tanto, ilícita.

DEBO DECLARAR Y DECLARO que la interrupción del suministro y la inscripción en un fichero de solvencia patrimonial al cliente, en los casos en que no sean abonadas las facturas emitidas en las circunstancias expresadas en el apartado anterior, resulta abusiva y, por tanto, ilícita.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a que se abstenga de emitir y girar facturas por consumos de energía eléctrica con una demora superior a un año.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a que se abstenga a interrumpir el suministro y a promover la inscripción en ficheros de solvencia patrimonial de los clientes en el caso en que no sean abonadas las facturas emitidas con la demora indicada.

DEBO PROHIBIR Y PROHIBO a emitir y girar en el futuro facturas de consumo de energía eléctrica con una demora superior a un año, y se prohíbe la interrupción, en el futuro, el suministro de energía eléctrica en el caso de que no sean abonadas las facturas

emitidas con la demora indicada (superior a un año) y se prohíba incluir en el futuro en ficheros de solvencia patrimonial a los clientes que no las abonen.

DEBO DECLARAR Y DECLARO que los pronunciamientos declarativos y de condena de la sentencia afectarán a las personas físicas o jurídicas que incurran en la misma práctica, aunque no hayan sido parte en el proceso.

DEBO ACORDAR Y ACUERDO la publicación de la sentencia, con cargo a la demandada, en un periódico de los de mayor circulación, de ámbito nacional.

DEBO ACORDAR Y ACUERDO que se comunique al Ministerio de Industria y Energía, por si procede imponer a la empresa demandada, sanciones de carácter administrativo, de conformidad con lo establecido en la Ley 24/2013 del sector eléctrico.

Que debo ACORDAR Y ACUERDO que la demandada ha de informar al Juzgado sobre las medidas adoptadas para prevenir la reiteración en el futuro de la conducta litigiosa, acordando que se impondrá una multa coercitiva de diez mil euros por cada día que transcurra, a partir de los dos meses siguientes a la fecha de su firmeza, en el caso que GAS NATURAL S.U.R. no cumplimente los pronunciamientos adoptados.

Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta resolución no es firme. Contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. "

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030470012016100002