

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-16/015451

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2016/0015451

Recurso apelación juicio verbal LEC 2000 / Hitzezko judizioko apelazio-errekurtsoa. 2000ko PZL 597/2017 - B

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: UPAD Mercantil -
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz /
Merkataritza-arloko ZULUP - Gasteizko Merkataritza-arloko 1
zenbakiko Epaitegia
Autos de Juicio verbal 383/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: IBERDROLA CLIENTES S.A.U.
Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA MERCEDES BOTAS
ARMENTIA
Abogado/a / Abokatua: JOSE MANUEL URKIRI AZPIAZU
Recurrido/a / Errekurritua: UNION DE CONSUMIDORES DE
EUSKADI-U.C.E. - EUSKAL HERRIKO KONTSUMITZAILEEN
BATASUNA
Procurador/a / Prokuradorea: MARIA CONCEPCION
MENDOZA ABAJO
Abogado/a/ Abokatua: JOSE MANUEL URKIRI AZPIAZU

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D^ª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Emilio Ramón Villalaín Ruiz y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día uno de febrero de dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 30/18

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 597/17, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Verbal nº 383/16, promovido por **IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.** dirigida por el Letrado D. Jaime Almenar Beleguer y representada por la Procuradora D^ª Mercedes Botas Armentia, frente a la sentencia nº 89/17 dictada el 30-06-17, siendo parte apelada **LA UNIÓN DE CONSUMIDORES DE EUSKADI -U.C.E.- EUSKAL HERRIKO KONTSUMITZAILEEN BATASUNA** dirigida por el Letrado D. José Manuel Urkiri Azpiazu y representada por la Procuradora D^ª Concepción Mendoza Abajo, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 89/17 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la Asociación de Consumidores UNIÓN DE CONSUMIDORES DE EUSKADI (U.C.E.) EUSKAL HERRIKO KONTSUMITZAILEEN BATASUNA, representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo contra IBERDROLA CLIENTES S.A.U. representada por la Procuradora Mercedes Botas Armentia,

A) DECLARO la abusividad de la cláusula que utiliza IBERDROLA CLIENTES S.A.U. en los contratos de suministro de energía eléctrica y gas natural, referente a la baja del "Servicio Protección Eléctrica Hogar" y que dice:

"La resolución de los contratos de suministro de electricidad o de gas natural IBERDROLA que pudieran existir en los puntos de suministro asociados al servicio, no implicará la baja del SERVICIO DE PROTECCIÓN ELÉCTRICA HOGAR, salvo que el cliente lo solicite expresamente"

B) CONDENO a la demandada a eliminar la indicada cláusula de sus contratos, y a cesar en su utilización, tanto en los contratos ya suscritos como en los que concierte en el futuro.

C) ACUERDO la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación a cargo de la demandada.

D) Se condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **IBERDROLA DE CLIENTES, S.A.U.**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 26-09-17, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de **LA UNIÓN DE CONSUMIDORES DE EUSKADI-EUSKAL HERRIKO KONTSUMITZAILEEN BATASUNA** escrito de oposición al recurso de apelación, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 16-11-17 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre, y tras los trámites que son de ver en el mismo, por resolución de fecha 10-01-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el 23 de enero de 2018.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las

prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Pretende, la parte apelante, que se desestime íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que, además, irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, hemos de comenzar indicando que compartimos, al menos en lo sustancial, los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, fundamentos a los que nos remitimos pues el Tribunal Supremo reiteradamente viene admitiendo la motivación por remisión (en este sentido, sentencias como las de 19 de octubre de 1999, 3 de febrero y 5 de marzo de 2000, 2 de noviembre y 29 de diciembre de 2001, 21 de enero de 2002 y 17 de junio de 2004).

TERCERO.- En el recurso de apelación, se aduce que:

31.- La sentencia parece aplicar al supuesto que nos ocupa el régimen de las obligaciones principales y accesorias, pues da a entender que el servicio de suministro es la prestación principal respecto de la cual el SPEH sería una prestación accesoria. Y, partiendo de dicha consideración, critica que cuando se solicita la resolución del contrato de suministro, se mantenga sin embargo vigente el SPEH, como establece la cláusula controvertida.

Ciertamente, en la sentencia apelada, se habla de: servicio complementario con el suministro de energía o gas natural; es fundamental el carácter accesorio o complementario del servicio; se trata de un servicio adicional que el consumidor contrata al darse de alta en el suministro eléctrico o gasista, en el mismo instrumento contractual y vinculado a la prestación principal que demanda de la comercializadora.

En el recurso de apelación a continuación se expone:

33.- Atendiendo a su objeto o prestación, las obligaciones se pueden calificar en principales y accesorias. Obligación principal es aquella que goza de existencia propia e independiente, mientras que las obligaciones accesorias son las que dependen de una principal, a la cual se encuentran subordinadas. Las obligaciones accesorias nacen como complemento de la obligación principal, por lo que siguen el mismo régimen de vida que la obligación principal de la que dependen, transmitiéndose (por regla general) y extinguiéndose junto con aquella (por ejemplo, las obligaciones de garantía)

35.- Esto sentado, resulta evidente que el servicio de reparación de averías no constituye una obligación accesoria subordinada al suministro de energía, toda vez que el

SPEH no nace ni trae causa del servicio de suministro, sino que constituye un servicio separado y distinto cuya contratación se ha de solicitar de modo expreso, En consecuencia, tanto el servicio de suministro como el SPEH han de ser calificados como obligaciones principales, pues ambos tienen carácter autónomo y su existencia no depende de ninguna otra obligación o contrato preexistente.

CUARTO.- En línea con lo hasta el momento expuesto, hemos de indicar que son obligaciones principales aquellas que tienen o gozan de existencia propia e independiente, y son accesorias las obligaciones que dependen de una principal, a la cual se encuentran subordinadas y a la que complementan o garantizan. Según Castán Tobeñas, las obligaciones accesorias pueden clasificarse, por su finalidad, en complementarias y de garantía. Y, las obligaciones accesorias siguen el mismo régimen de vida que la obligación de la que dependen.

Pues bien, en base a lo expuesto, entendemos que el SPEH no es más que un servicio complementario del de suministro.

Así, en la propia contestación a la demanda, se habla de: se trata de un servicio complementario, pero con entidad propia y distinto del servicio de suministro; el procedimiento para resolver el contrato de servicio complementario sí está expresamente regulado en la cláusula impugnada....

Estamos ante unos únicos contratos: contrato de energía, suministros de electricidad y gas.

El consumidor puede contratar, no está obligado a ello, el SPEH, partiendo de la contratación del suministro.

Según los contratos, el consumidor no puede contratar el SPEH sin contratar el servicio de suministro, el primero es uno de los otros, lo cual requiere de un previo, servicios contratados.

Y, si las obligaciones complementarias siguen el mismo régimen de vida de la obligación de la que dependen, el servicio complementario, el SPEH, ha de seguir el mismo régimen de vida del servicio del que depende, el de suministro.

Y, por ello, y partiendo de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo contenido no es necesario reproducir al estar ya recogido en la sentencia apelada, compartimos con la Juzgadora de instancia que la cláusula resulta nula por abusiva al limitar u obstaculizar derechos del consumidor, en concreto, el derecho a poner fin al contrato.

Resulta elocuente al respecto que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de energía eléctrica, el bono social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10

Kw., de fecha 21 de junio de 2017, recoja que: asimismo, se han recibido numerosas denuncias en las que se constata que los contratos de mantenimiento, que han sido suscritos por el consumidor al contratar el suministro de gas y electricidad, no se rescinden cuando el consumidor decide cambiar de suministrador, en contra de las recomendaciones emitidas por la CNMC en este sentido, añadiéndose que, por ello, se propone la incorporación de una nueva medida de protección al consumidor exigiendo que los servicios adicionales ligados a la contratación del suministro se rescindan a la vez que el suministro, salvo que el consumidor indique expresamente lo contrario a la finalización del contrato.

Y, si bien, ciertamente, el hecho de que la CNMC proponga tal incorporación implica lógicamente que tal previsión no existe en la actualidad, no cabe desconocer que según el artículo 44.1 d) 9º de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: Las condiciones generales serán equitativas y transparentes, y deberán adecuarse a lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos con los consumidores, normativa, la relativa a la defensa de los consumidores y usuarios, efectivamente, también en vigor.

Por todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que la decisión de la Juzgadora de instancia de estimar íntegramente la demanda, ha de ser mantenida.

QUINTO.- Entendemos que procede, asimismo, mantener el pronunciamiento de la sentencia apelada relativo a las costas de la primera instancia, y ello, por su propio fundamento, pues no apreciamos, como cabe deducir de lo que hemos argumentado, sería duda de derecho excepcional alguna que justifique la aplicación de lo que no es otra cosa que, también, la excepción a la regla general

SEXTO.- En relación a las costas de esta alzada, partiendo de lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C., dado el sentido y contenido de la presente sentencia, y repitiendo que no apreciamos sería duda de derecho excepcional alguna que justifique la aplicación de lo que no es otra cosa que, también, la excepción a la regla general, procede imponer las mismas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Iberdrola Clientes, S.A.U., representada por la Procuradora Sra. Botas, frente a la sentencia dictada, con fecha 30 de junio de 2017, por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad en el Juicio Verbal seguido ante el mismo con el número 383/2016, del que este Rollo dimana, y **CONFIRMAR** la misma, imponiendo las costas de esta alzada a la parte apelante.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés

casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-06-0597-17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.