



Roj: **SAP PO 1211/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1211**

Id Cendoj: **36038370012015100224**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2015**

Nº de Recurso: **310/2015**

Nº de Resolución: **232/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00232/2015**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 310/15**

**Asunto: ORDINARIO 724/12**

**Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 3 PORRIÑO**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**

**Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.232**

En Pontevedra a veinticinco de junio de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 724/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Porriño, a los que ha correspondido el Rollo núm. 310/15, en los que aparece como parte apelante-demandante: VITOGAS ESPAÑA SAU, representado por el Procurador D. MANUEL CARLOS DIZ GUEDES, y asistido por el Letrado D. PEDRO FARIÑA QUIROGA, y como parte apelado-demandado: D. Enma , representado por el Procurador D. ELENA SALGADO TEJIDO, y asistido por el Letrado D. MARIA JOSE RODRIGUEZ VILLAR, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Porriño, con fecha 27 febrero 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por la representación procesal de Vitogas España SA frente a Enma declaro resuelto el contrato de suministro de gas suscrito entre las partes el 21 de septiembre de 2009 y condeno a la Sra. Enma a permitir y consentir la entrada al domicilio suministrado y ocupado, por parte del auxilio judicial de este Juzgado, y a través de mandamiento judicial, a fin de que por



parte de los empleados de la actora se proceda a la retirada del depósito T01831 PROPIEDAD DE VITOGAS ESPAÑA SA; y condeno a la demandada a abonar a la actora la suma de 1.407,71 euros, incrementada en el interés legal del dinero a computar desde el 11 de diciembre de 2012.

Sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por Vitogas España SAU, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En el presente proceso de juicio ordinario, promovido por la entidad "Vitogas España SA" contra doña Enma , en ejercicio de una acción de resolución contractual por incumplimiento de reclamación dineraria (del orden de 8884,32 euros) con base en una diversa serie de conceptos que, según la actora, cabe derivar del contenido del contrato de instalación y suministro de gas licuado suscrito entre las partes en fecha 21 de septiembre de 2009, frente a la sentencia de instancia, que estima parcialmente la demanda, en el sentido de declarar resuelto el contrato de litis y de condenar a la demandada a permitir la entrada en su domicilio a fin de que por parte de los empleados de la actora se proceda a la retirada del depósito T01831 propiedad de "Vitogas España SA" así como al abono a la demandante de la cantidad de 1407,71 euros incrementada con los correspondientes intereses legales a computar desde el 11/12/2012, recurre en apelación la parte actora.

En la resolución impugnada, la Juzgadora de instancia no acoge las reclamaciones dinerarias por los conceptos referidos a penalización por falta de consumo, devolución de contribución económica y gastos de retirada del depósito, en atención a diversas consideraciones tales como la no acreditación del conocimiento por la demandada de la existencia de las cláusulas contractuales que trata de aplicar la actora y de las que tampoco hay constancia fueran objeto de negociación, información, firma y entrega a la demandada del condicionado en que se insertan, y asimismo la falta de claridad, concreción y sencillez de las referidas cláusulas contractuales.

**SEGUNDO.-** En su escrito de interposición de recurso de apelación, la actora-recurrente interesa la estimación de las pretensiones reclamatorias inatendidas, con base en las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.

Así, en relación a la suma reclamada en concepto de penalización por falta de consumo, se expone que la resolución impugnada tan solo indica que la cláusula no reúne los requisitos de claridad, concreción y sencillez, que prescribe el art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

Pues bien, en la condición general 10.3 del contrato se recoge la obligación de hacer frente a la penalización por no consumo en caso de finalización del contrato de forma anticipada por causas imputables al cliente. Concretamente, dicha condición señala que en el caso de que se dé ésta situación, Vitogas se reserva el derecho a exigir al cliente "el pago de la penalización prevista en la condición general 3.4 del presente acuerdo". Y dicha condición general 3.4, que se incluye dentro del mismo documento que forma el condicionado, indica que "cada 3 años tendrá lugar una revisión de consumo, siendo que en el supuesto que el promedio anual de consumo fuese inferior al 50%, VITOGAS se reserva el derecho a exigir al cliente el pago de 0,07 euros por kilogramo no consumido respecto de la cantidad prevista en la Condición Particular 5". Señalando la condición particular 5 que "la presente propuesta se hace para una compraventa de un mínimo de 40 toneladas de GLP, que se estima se consumirán en 10 años".

Con lo cual, los requisitos de sencillez, claridad y comprensión se encuentran sobradamente cumplidos.

Sosteniendo la recurrente que la demandada tuvo perfecto conocimiento de la existencia y contenido de las condiciones generales. Toda vez el formato del contrato consiste en cuatro hojas con las condiciones particulares en el anverso y las condiciones generales en el reverso. Por lo que es de todo imposible que a la parte demandada se le entregasen solo las condiciones particulares, dado que en la parte posterior de las mismas se encontraba detallado el condicionado general.

Siendo la consecuencia de ello la exigibilidad de la suma reclamada en concepto de penalización por falta de consumo, que asciende a 2728,11 euros mas IVA.

En relación a la suma reclamada en concepto de devolución de contribución económica, señala la recurrente que, en este caso, la condición que recoge la contribución económica se encuentra directamente contenida en las condiciones particulares.

En concreto, el apartado 5.3 de las condiciones particulares refleja lo siguiente: "Contribución económica de VITO GAS. 2018 EUROS".

Aún siendo cierto que es una condición general (en concreto, la 10.3), la que recoge la facultad de la actora de que, en caso de resolución anticipada del contrato por causa imputable a la demandada, ésta debe devolver la contribución económica, no es menos cierto que tal condición es perfectamente comprensible, directa y de sencilla redacción. Y, en cuanto al conocimiento de tal condición general por parte de la demandada, cabe insistir en que el condicionado general no está separado del particular, sino que forman un solo bloque, por lo que es del todo imposible que a la parte demandada se le entregasen solo las condiciones particulares, dado que en la parte posterior de las mismas se encontraba detallado el condicionado general.

En cuanto al origen de la contribución económica, es de señalar que la empresa suministradora suele hacer una inversión inicial consistente en la entrega e instalación gratuita de un equipamiento de alto valor necesario para proporcionar el producto, siendo tal instalación sufragada íntegramente por la actora y constituyendo el objeto de la contribución económica.

Por ello, la demandada debe ser condenada a abonar los 2108 euros derivados de la devolución de la contribución económica.

Finalmente, en relación a la exigencia de la suma reclamada en concepto de gastos de retirada del depósito, la resolución recurrida reconoce que la cláusula 10.4 del condicionado general dispone que VITOGAS podrá retirar los elementos de la instalación, debiendo asumir el cliente los costes generados por tal retirada, si bien indica que no puede aplicarse tal estipulación por no haber sido entregado el condicionado a la demandada.

Debiendo nuevamente insistirse que el condicionado general no está separado del particular, sino que forman un solo bloque, por lo que es del todo imposible que a la parte demandada se le entregasen solo las condiciones particulares, dado que en la parte posterior de las mismas se encontraba detallado el condicionado general.

En consecuencia, se solicita también la condena de la demandada al abono a la actora de los gastos de retirada del depósito, cifrados en 1500 euros más IVA.

**TERCERO.-** En el supuesto litigioso nos encontramos ante un contrato de instalación y suministro de gas licuado del petróleo, celebrado entre un profesional (empresa "Vitogas España SA") y un particular (doña Enma ), en quién concurre, por lo demás, la cualidad de **consumidor**, y en que por la parte actora (Vitogas) se pretende de la demandada (Sra. Enma) abono de determinadas partidas dinerarias sobre la base de la aplicación de una serie de cláusulas contractuales que tienen la consideración de condiciones generales de la contratación, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Así pues, constituyen normativa de aplicación al caso, además de la citada Ley 7/1998 de 13 de abril, el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

A tenor de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, "... se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez". Y, además, cuando se contrata con un **consumidor**, se requiere que no sean abusivas.

En el art. 5 de la citada Ley 7/1998, aparte de la previsión contenida en el apartado 5 del precepto acerca de que "La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", previamente en su apartado 1 se viene a establecer:

"1.-Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".

Viniendo a disponer el art. 7 de la Ley 7/1998 que:

"No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5".

Por su parte, en el TRLGDCU de 2007, se viene a establecer:



**Artículo 59-3.-** Los contratos con **consumidores** y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

**Artículo 60-1.-** Antes de que el **consumidor** y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarles de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

**Artículo 63-1.-** En los contratos con **consumidores** y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el **consumidor** y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación.

Pues bien, de la prueba practicada en los autos no se puede concluir el conocimiento y, por ende, aceptación por la demandada de las cláusulas del condicionado general del contrato que sirven de soporte a la reclamación de las sumas dinerarias pretendidas por la actora.

Así, negando la demandada haber sido informada de la exigencia de las condiciones generales, que no firmó ni aceptó, la demandante no ha probado que las condiciones generales se encontrasen al reverso de las particulares, no constando tampoco en éstas referencia alguna a aquéllas. Llegando a manifestar el testigo don Eleuterio , colaborador de Vitogas que gestionó e intervino en la concertación del contrato de litis, que al cliente se le informa de lo fundamental no creyendo que se le haya explicado a la demandada la totalidad de la letra pequeña, al punto de particularmente reconocer más adelante que no se recalcó a la misma que debía realizar un consumo mínimo de gas.

Ello en cuenta, no pudiendo tener a las condiciones generales aportadas por la actora como parte del contrato litigioso, se impone la desestimación del recurso de apelación y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia impugnada.

**CUARTO.-** Dada la desestimación del recurso de apelación, se imponen a la actora recurrente las costas procesales de la presente alzada ( art. 398-1 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia impugnada; todo ello con expresa imposición a la actora recurrente de las costas procesales de la presente alzada.

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