



Roj: **STS 2235/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2235**

Id Cendoj: **28079130032021100086**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/05/2021**

Nº de Recurso: **4776/2020**

Nº de Resolución: **764/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 11056/2020,**
STS 2235/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 764/2021

Fecha de sentencia: 31/05/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4776/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 4776/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 764/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 31 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4776/2020 interpuesto por MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U., representada por el Procurador D. Ricardo Ludovico Moreno Martín, contra la sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2020 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 260/2018. Ha sido parte recurrida la COMUNIDAD DE MADRID, representada y asistida por su Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid de 24 de abril de 2017 se acordó:

a) Madrileña Red de Gas, S.A.U. no puede requerir a través de las compañías comercializadoras de gas natural ninguna cantidad económica por el deterioro de los contadores de gas de su propiedad que tenga arrendados a consumidores de gas natural en tanto que no se regule reglamentariamente;

b) Madrileña Red de Gas, S.A.U. deberá anular las cantidades requeridas por dicho concepto desde enero de 2015 en el plazo máximo de un mes contado a partir de la fecha de notificación de esta resolución.

Contra la anterior resolución Madrileña Red de Gas, S.A.U. interpuso recurso de alzada que fue desestimado por resolución del Viceconsejero de Economía y Competitividad de la Comunidad de Madrid de 27 de febrero de 2018.

Contra ambas resoluciones administrativas interpuso entonces Madrileña Red de Gas, SAU recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2020 (recurso contencioso-administrativo nº 260/2018), con imposición de las costas procesales a la recurrente con limitación a la suma de 800 euros más IVA.

SEGUNDO.- La controversia que se planteaba en el proceso de instancia la delimita el fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los siguientes términos:

<< La cuestión suscitada es netamente jurídica, pues mientras la Compañía demandante considera que la reposición del contador en caso de manipulación o fraude debe ser asumida por el consumidor, la Administración en las resoluciones administrativas que se impugnan mantiene que una correcta interpretación de las normas atinentes al supuesto debería llevar a que la compañía no asumiese tales gastos por corresponder a los consumidores del servicio de gas. No obstante la recurrente señala que ha procedido a dar cumplimiento a la resolución no obstante lo cual interpone el presente recurso a fin de que esta jurisdicción revise la conformidad a Derecho de las resoluciones objeto del recurso>>.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia, después de reseñar las normas aplicables al caso (artículos 49.2 y 62.4 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural), justifica la desestimación del recurso contencioso exponiendo las siguientes razones:

<< (...) En función de tales normas la compañía recurrente interpreta que lo dispuesto en el art. 62.4 debería interpretarse en el sentido de que se incluyan entre los "gastos derivados de la inspección de instalaciones" aquellos derivados de la sustitución del contador que no se encuentre deteriorado sino que ha sido manipulado dando lugar al fraude detectado en el consumo.

Por el contrario, la Administración mantiene que no encontrándose previsto tal gasto como imputable al consumidor según el tenor literal del precepto citado y, por el contrario, encontrándose previsto en el segundo de los artículos reseñados que no se exija cantidad alguna por los equipos de medida, deberá ser Gas Natural el que asuma dichos costes en la relación privada que mantiene con el consumidor sin que corresponda a este último asumir los gastos de sustitución de un contador o equipo de medida que se desconoce cómo y por quien ha sido manipulado.



Pues bien, consideramos que el tenor literal de la norma en cuestión, art. 64.2 del Real Decreto 1434/2002, no permite hacer una interpretación extensiva del mismo que incluya un gasto como imputable al consumidor que no aparece en dicho tenor literal recogido en el mismo pues el gasto de sustitución del contador no es propiamente ni gasto necesario para subsanar el fraude ni derivado de la inspección de las instalaciones. Por otro lado el segundo precepto indicado señala que no se exigirá cantidad alguna por la instalación de los equipos de medida, por lo que parece razonable que tampoco se exija por el supuesto de manipulación.

Por todo ello no se advierte la infracción del Ordenamiento Jurídico por los actos impugnados, que han de confirmarse>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Madrileña Red de Gas, S.A.U., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 20 de noviembre de 2020 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar el artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en relación con el artículo 49.2 del mismo, a fin de determinar si puede imputarse al consumidor el coste del cambio de contador del gas en caso de que sea necesario sustituirlo por haber sido manipulado.

Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 49.2 y 62.4 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, todo ello sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación>>.

CUARTO.- La representación procesal de Madrileña Red de Gas, S.A.U. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 26 de enero de 2021 en el que aduce, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

La sentencia del TSJ de Madrid infringe los artículos 62.4 y 49.2 del Real Decreto 1434/2002 por haber realizado una interpretación que desvirtúa el alcance, finalidad y contenido de la resolución administrativa por concepto de fraude regulada en el citado artículo 62.4.

El Real Decreto define el fraude de esta manera (artículo 62.1): *<< A efectos del presente Real Decreto se considerará que existe fraude cuando se produzca alguna acción u omisión tendente a modificar o impedir la medición del suministro contratado en perjuicio del distribuidor o comercializador>>.* Y ese mismo precepto, en el apartado segundo, establece: *<< El distribuidor o el comercializador podrá solicitar al órgano competente de la Comunidad Autónoma que sea visitada e inspeccionada la instalación de cualquier consumidor con objeto de comprobar la existencia de un posible fraude. El distribuidor podrá, asimismo, solicitar dicha inspección para consumidores de comercializadores, siempre que aquellos estén conectados a sus redes de distribución, comunicándole previamente tal circunstancia>>.*

La recurrente solicitó a la Comunidad de Madrid, en enero de 2015, que designara una entidad colaboradora de la Administración para la detección de fraudes en instalaciones receptoras de gas, petición que fue contestada afirmativamente por el Director General de Industria, Energía y Minas (documento 1 de la demanda con el mismo número). Y se aportaron también con la demanda informes del Organismo de Control Autorizado relativos a inspecciones de fraude detectados en puntos concretos de suministro de gas, de los que aquí se adjunta uno como ejemplo (Documento 2). Por tanto, la comprobación del fraude la realiza un Organismo de Control Autorizado en representación de la Administración competente (en este caso, la Comunidad de Madrid), es decir, un organismo independiente de la distribuidora y la comercializadora de gas.

El expediente administrativo abierto a la recurrente parte de la existencia de fraudes concretos detectados, consistentes en la manipulación de contadores y que implican el cambio de contador, dado que no puede ser "arreglado". Son hechos probados, no puestos en duda por la Administración.

La Sala de instancia no puso en duda el contexto fáctico (producción de fraude) que hacía entrar en juego el preciso artículo 62.4. La interpretación y alcance del articulado utilizado por la resolución administrativa de fraude era la única cuestión.

El argumento central esgrimido por esta parte en vía administrativa y ante la Sala de instancia consiste en que en caso de fraude consistente en una manipulación de contador que haga necesaria la sustitución de



dicho equipo, el gasto de sustitución del contador debe estar incluido en "la cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude", expresión literal que utiliza el citado artículo 62.4: << 4. La resolución por concepto de fraude tendrá carácter de acto administrativo e incluirá cuantas circunstancias puedan contribuir a calcular con exactitud el tiempo de duración del fraude. En la citada resolución se determinará la cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude, así como los gastos derivados de la inspección de las instalaciones>>.

La Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid ha considerado que la inclusión del cobro del cambio de contador manipulado para subsanar el fraude únicamente sería posible si así lo dijera textualmente esta disposición. Frente a ello, la recurrente entiende que esa interpretación vulnera la norma y que el cobro de esta partida al consumidor forma parte de la "cantidad necesaria para subsanar el fraude".

El marco regulatorio vigente impide a la recurrente, distribuidora de gas, realizar facturación directa a los titulares de los puntos de suministro pues estos son dados de alta en el sistema gasista por las empresas comercializadoras (no existe contrato o relación contractual alguna con esos titulares, consumidores). Cualquier concepto de cobro por la distribuidora (peajes, canon de instalaciones comunes, inspecciones periódicas, derechos de alta o de acometida, así como los relacionados con el fraude -cuantía de la cantidad necesaria para subsanarlo y gastos derivados de la inspección de las instalaciones-) es trasladado de forma detallada a la comercializadora. Así es el funcionamiento de esta actividad regulada.

La sentencia recurrida, en apoyo de su decisión, invoca el artículo 49.2 del Real Decreto 1434/2002, en el que se dispone que la distribuidora de gas no exigirá cantidad alguna por la instalación de los equipos de medida.

La demandante admite que el artículo 49 no contempla que un distribuidor pueda recibir compensación por la instalación o precinto de esos equipos, siempre y cuando esa instalación o precinto se haga en condiciones normales. Pero el supuesto de fraude mediante manipulación del contador nada tiene que ver con los casos de *deterioro* o la *amortización* de un contador, pues se trata de escenarios fáctico-jurídicos diferentes.

El artículo 49.2 no resulta aplicable en los casos de fraude, pues dicho precepto resulta desplazado por la regulación del fraude contenida en el artículo 62, más concreta y específica. Ese artículo 49.2 prohíbe tal cobro en la instalación "ordinaria" de un nuevo punto de suministro, o, en su caso, por el deterioro o amortización de un contador; pero la regla no puede ser la misma cuando se ha manipulado fraudulentamente el contador (no olvidemos que, según el artículo 49.6 del propio Real Decreto 1434/2002, "el consumidor será responsable de la custodia de los equipos de medida y control y el propietario de los mismos lo será de su mantenimiento"). Y tampoco se pueden olvidar el principio de que *cada parte debe soportar los perjuicios derivados de su propio dolo o negligencia*.

La demandante se plantea la cuestión de qué conceptos o partidas debe incluir *la cantidad necesaria para subsanar el fraude* cuando se ha comprobado que el contador (equipo de medida) se ha manipulado de tal modo que debe sustituirse por uno nuevo; y, en concreto, formula esta interrogante: ¿está incluido el coste del nuevo contador en la cuantía necesaria para subsanar el fraude?.

La sentencia de instancia contesta negativamente a esta pregunta por estas dos razones: 1) el tenor literal del artículo 62.4 no permite hacer interpretación extensiva que incluya ese coste como un gasto imputable al consumidor; y 2) el gasto de sustitución del contador no es propiamente ni gasto necesario para subsanar el fraude ni derivado de la inspección de las instalaciones. Frente a ello, la demandante sostiene que para subsanar el fraude en la actividad regulada de suministro de gas, tan necesario es que se facture el gas realmente consumido como que, si el órgano designado por la Comunidad Autónoma ha certificado que debe cambiarse el contador a la vista de la manipulación realizada, el coste del nuevo contador forme parte de la resolución de la liquidación oficial del fraude, porque subsanar el fraude implica dejar la instalación correcta. Si no se cambia el contador, el fraude -modificación o impedimento de la medición del suministro- no se habrá subsanado.

Dice la sentencia recurrida que el tenor literal del artículo 62.4 no incluye el gasto del nuevo contador necesario para medir el consumo del usuario; y que no se puede hacer una interpretación extensiva del precepto. Sin embargo, la que propugna la recurrente no es interpretación extensiva; y si la interpretación de la sentencia recurrida se mantiene, el mensaje es claro: el usuario que comete un fraude o ilegalidad, es decir, que manipula el contador (se trata de una infracción muy grave según el artículo 109.1.ap de la Ley 34/1998) no se le dice nada y se hace que le instalen un nuevo contador.

En un esquema normativo de derechos y obligaciones de distribuidores, comercializadores y usuarios, resulta superficial y desacertado referirse a la existencia de interpretaciones favorables o desfavorables a distribuidor, comercializador o usuario, sino que se trata de que se forme interpretación legal asumida por la jurisprudencia. Si el artículo 62.4 dice "en la citada resolución se determinará la cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude, así como los gastos derivados de la inspección de las instalaciones", afirmar que esa cuantía no



incluye el coste del necesario y obligado cambio de contador equivale a impedir que la norma cumpla su finalidad y sentido. El Real Decreto 1434/2002, en el que se inserta la regulación del fraude, tiene por objeto completar el marco normativo en el que han de desarrollarse las actividades relacionadas con el sector gas natural (preámbulo) y la finalidad regulatoria de la resolución por fraude incluye remover el fraude, eliminarlo, es decir, restablecer un contador en regla (no manipulado) que mida el suministro efectivamente consumido; y para ello la cantidad necesaria incluye el gas defraudado y el coste del necesario nuevo contador.

La sentencia recurrida no rechaza directamente la razonabilidad de la interpretación que sostiene esta parte sino que "se refugia" en la literalidad mal comprendida para excluir la cuantía del necesario nuevo contador instalado. De hecho, en la demanda del proceso de instancia se alude a varias resoluciones del mismo órgano que dictó la resolución administrativa impugnada en el caso que ahora examinamos y en las que, en respuesta al recurso presentado por una usuaria cuya manipulación estaba acreditada, se dice: "*En conclusión, al quedar demostrado que el equipo de medida no funcionaba correctamente, la recurrente como responsable de la custodia y conservación de dichos equipos de medida, debe hacerse cargo de todos los gastos que conlleva la sustitución del contador así como los gastos de inspección, de acuerdo a la normativa expuesta*".

A juicio de esta parte, es procedente incluir el coste del nuevo contador necesario en la resolución que liquida los fraudes en el suministro de gas según lo dispuesto en el artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002.

Por todo ello, concluye la recurrente, la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia debe contestarse afirmativamente: cuando el órgano competente de la Comunidad Autónoma resuelve que ha existido fraude que implica además la necesidad de su sustitución del contador de gas, el coste del cambio del contador de gas puede imputarse al consumidor/usuario como parte de la cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude en aplicación del artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002; ese coste no equivale jurídicamente a cantidad o compensación alguna de las contempladas en el artículo 49.2 del mismo Real Decreto.

En fin, el 62.4 del Real Decreto 1434/2002 debe interpretarse en el sentido de que, comprobada la existencia de fraude por una manipulación del contador del gas que deba ser sustituido, la comercializadora de gas incluirá en la factura, junto al coste del gas defraudado, el coste del cambio de contador del gas. No resultará entonces necesario esperar a ninguna regulación reglamentaria, porque no se puede negar que este concepto -coste de sustitución del contador- forme parte de la "cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude", a la que se refiere el citado artículo 62.4.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación procesal de la Comunidad de Madrid formalizó su oposición mediante escrito presentado el 21 de abril de 2021 en el que, en contra de lo aducido por la recurrente, alega, en síntesis, lo siguiente:

Lo que solicita la recurrente no es solo una interpretación extensiva de la norma, sino que ésta incluya un supuesto más que no se ha previsto inicialmente por el legislador y que debería ser resuelto, en su caso, mediante la modificación la norma y no por vía de interpretación.

Si el legislador hubiese querido incluir en el artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002 los costes del cambio de contador lo habría hecho, lo mismo que especificó en el artículo 49.2 que los equipos de medida no podían ser cobrados al usuario.

El legislador ha sido claro al determinar en el artículo 62.4 que, en los supuestos de fraude, la empresa puede solicitar el abono del consumo no facturado, pero no el cobro de los contadores manipulados, pues, como ya mantuvo la Comunidad de Madrid en su escrito de contestación, la finalidad del artículo no es otra que permitir que la empresa recupere las "cantidades perdidas" como consecuencia de un fraude. Esto es, que la empresa cobre al cliente por el consumo no facturado, para poder evitar un enriquecimiento injusto por parte del cliente. Pero el tenor literal del artículo 62.4 no prevé el cobro del contador manipulado.

La recurrente pretende que dicha norma sea interpretada de manera extensiva para su propio beneficio, pero es una cuestión de sentido común no incluir en dicha partida el cobro del contador, pues no todos los fraudes se producen por la manipulación del contador por el inquilino de la vivienda, y, en consecuencia, una cosa es cobrar al cliente las cantidades correspondientes al consumo real en su vivienda, para evitar el enriquecimiento injusto, y otra es pedir el pago del contador manipulado, puesto que esto llevaría consigo la obligación de la empresa de probar dicha manipulación y que aquella, efectivamente hubiese sido realizada por el cliente al que se le está cobrando el consumo no facturado.



Si se aceptase la interpretación que propugna la parte recurrente -que no es en realidad una interpretación sino la inclusión de un coste al consumidor en supuestos de fraude que no ha sido previsto por el legislador-, llegaríamos a la situación absurda y abusiva de cobrar a personas que viven de alquiler en una vivienda no sólo el consumo no facturado (circunstancia fácil de probar a través del histórico de la empresa, y justa, puesto que el cliente deberá pagar por lo disfrutado y no abonado a la empresa, al haberse visto beneficiado por la manipulación), sino también el de un contador que acaso fue manipulado meses atrás por otro inquilino o quizás por el propietario de la vivienda, o incluso por un tercero, puesto que, en la mayor parte de los casos, estos contadores se sitúan fuera de las viviendas.

Por tanto, el tenor literal de la norma es claro; y si el legislador hubiese querido incluir los costes del cambio de contador lo habría hecho. Y no es solo que el legislador no haya incluido el coste del cambio de contador en el artículo 62 sino que tampoco establece en el artículo 49 una excepción a la prohibición de cobrar por la instalación del contador en supuestos de fraude.

A mayor abundamiento, de considerar este Tribunal que procede realizar una interpretación del precepto ésta habría de ser la que más favorezca al consumidor, puesto que la norma, partiendo de la existencia de una relación contractual privada entre el cliente y la empresa, ya entiende que la empresa no puede cobrar por los costes de la instalación del contador en el artículo 49, lo cual implicaría que el cliente tampoco debe abonarlo en caso de fraude, pues la diferencia entre el supuesto del artículo 49 y del artículo 62 es la existencia de dicho fraude, pero ello no implica que el fraude haya sido cometido por el cliente, lo cual supone que cobrar a un usuario por el cambio de un contador que no ha manipulado sería un abuso por parte de la empresa, dejando al usuario en una situación de indefensión absoluta. Y, en todo caso, la empresa puede acudir a la vía civil para reclamar los costes si tuviese pruebas de que el contador ha sido manipulado por el propio consumidor; o dirigirse frente a la persona que haya realizado tal acción en caso de no ser responsable el consumidor.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 21 de abril de 2021 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 25 de mayo de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Objeto del recurso.

El presente recurso de casación nº 4776/2020 lo interpone la representación procesal de Madrileña Red de Gas, S.A.U. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2020 dictada en el recurso contencioso- administrativo nº 260/2018.

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Madrileña Red de Gas, S.A.U. contra la resolución del Viceconsejero de Economía y Competitividad de la Comunidad de Madrid de 27 de febrero de 2018, por la que se desestima el recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 24 de abril de 2017 en la que se declara que Madrileña Red de Gas SAU no puede requerir a través de las compañías comercializadoras de gas natural ninguna cantidad económica por el deterioro de los contadores de gas de su propiedad que tenga arrendados a consumidores de gas natural en tanto que no se regule reglamentariamente y se le indica asimismo que, en el plazo máximo de un mes contado a partir de la fecha de notificación de la resolución, deberá anular las cantidades requeridas por dicho concepto desde enero de 2015.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de de 20 de noviembre de 2020 (véase antecedente tercero de esta sentencia), sobre la que las partes han debatido en los escritos de interposición y de oposición que hemos dejado reseñados en los antecedentes cuarto y sexto.

SEGUNDO.-Marco normativo aplicable.

El propio auto de admisión del recurso de casación señala que, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a la interpretación a otras normas que considere de aplicación, las normas que en principio han de ser objeto de interpretación son los artículos 49.2 y 62.4 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

Veamos lo que establecen los citados artículos 49 y 62 del Real Decreto 1434/2002 en los apartados que interesan a la presente controversia:



Artículo 49. Equipos de medida.

1. En cada punto de suministro se instalará un equipo de medida. Estos equipos habrán superado el control metrológico establecido en la Unión Europea y cumplirán con las normas UNE-EN que le sean de aplicación. La instalación de los equipos de medida, en instalaciones receptoras conectadas a redes de menos de 4 bar, se realizará preferentemente en zonas comunes, de acuerdo con lo previsto en la norma UNE 60670, y una vez finalizada la misma se procederá a precintarlos de manera que se asegure que no puedan ser manipulados por terceros. Cuando el equipo de medida se sitúe dentro del límite de propiedad del usuario, éste deberá facilitar el acceso al personal debidamente acreditado que realice tareas de lectura y/o de mantenimiento.

2. *Los equipos de medida de combustibles gaseosos podrán ser propiedad del consumidor o podrán ser alquilados por el mismo a las empresas distribuidoras, en cuyo caso la empresa procederá a la instalación de los mismos no pudiendo exigir cantidad alguna por ello.* En el caso de los consumidores acogidos a las Tarifas o Peajes del Grupo 3, o aquellas que las pudiesen sustituir, las empresas distribuidoras están obligadas a poner a su disposición equipos de medida para su alquiler. En todos los casos, los equipos de medida serán precintados por personal del distribuidor o autorizado por él, sin que pueda percibir por ello compensación económica alguna.

[...]

6. El consumidor será responsable de la custodia de los equipos de medida y control y el propietario de los mismos lo será de su mantenimiento.

Artículo 62. Fraudes.

1. A efectos del presente Real Decreto se considerará que existe fraude cuando se produzca alguna acción u omisión tendente a modificar o impedir la medición del suministro contratado en perjuicio del distribuidor o comercializador.

2. El distribuidor o el comercializador podrá solicitar al órgano competente de la Comunidad Autónoma que sea visitada e inspeccionada la instalación de cualquier consumidor con objeto de comprobar la existencia de un posible fraude. El distribuidor podrá, asimismo, solicitar dicha inspección para consumidores de comercializadores, siempre que aquellos estén conectados a sus redes de distribución, comunicándole previamente tal circunstancia.

3. El órgano competente de la Comunidad Autónoma resolverá sobre la existencia o no del fraude, así como la cuantía del mismo, en su caso, comunicando dicha resolución al solicitante y al usuario.

4. La resolución por concepto de fraude tendrá carácter de acto administrativo e incluirá cuantas circunstancias puedan contribuir a calcular con exactitud el tiempo de duración del fraude. *En la citada resolución se determinará la cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude, así como los gastos derivados de la inspección de las instalaciones.*

5. Si el usuario no efectúa el pago del importe de la liquidación oficial del fraude en el plazo de un mes o no hiciese el depósito del mismo, se estará a lo dispuesto en el artículo 40.4 de suspensión del suministro con rescisión del contrato.

6. En los casos de que la investigación de un fraude, realizada a petición del distribuidor o comercializador, resultase negativa, es decir, no se demostrase la existencia de fraude, todos los gastos que se deriven de la misma serán a cargo del peticionario de la investigación.

TERCERO.- Cuestión suscitada en casación.

Según vimos, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar el artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002, en relación con el artículo 49.2 del mismo Real Decreto, a fin de determinar si puede imputarse al consumidor el coste del cambio de contador del gas en caso de que sea necesario sustituirlo por haber sido manipulado.

La entidad recurrente, Madrileña Red de Gas, S.A.U., sostiene que cuando el órgano competente de la Comunidad Autónoma resuelve que ha existido fraude y éste implica la necesidad de su sustitución del contador de gas el coste del cambio del contador de gas puede imputarse al consumidor/usuario, en aplicación del artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002, como parte de la *cantidad necesaria para subsanar el fraude*; y ese coste no equivale jurídicamente a cantidad o compensación alguna de las contempladas en el artículo 49.2 del mismo Real Decreto. Por ello, concluye la recurrente, en tales casos de fraude el coste de sustitución del contador puede imputarse al consumidor/usuario por aplicación directa del citado artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002, sin que para ello resulte necesario esperar a ninguna regulación reglamentaria.



Frente a ello, la representación procesal de la Comunidad de Madrid aduce que el tenor literal del artículo 62.4 no prevé el cobro del contador manipulado pues este precepto es claro al determinar que, en los supuestos de fraude, la empresa puede solicitar el abono del consumo no facturado pero no el cobro de los contadores manipulados; y ello porque, a su entender, la finalidad del artículo no es otra que permitir que la empresa recupere las "cantidades perdidas" como consecuencia de un fraude. Si el legislador hubiese querido incluir en el artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002 los costes del cambio de contador lo habría hecho; pero no lo hizo. En cambio, el artículo 49.2 especifica que los equipos de medida no pueden ser cobrados al usuario, sin que el precepto establezca una excepción a la prohibición de cobrar por la instalación del contador en supuestos de fraude.

Señala la representación de la Administración autonómica recurrida que lo que solicita la recurrente no es solo una interpretación extensiva de la norma sino que ésta incluya un supuesto que no se ha previsto en ella; lo que debería ser resuelto, en su caso, mediante la modificación la norma y no por vía de interpretación.

Según el Letrado de la Comunidad de Madrid, si se aceptase el planteamiento de la recurrente se llegaría a un resultado absurdo y abusivo como es el de cobrar a personas que viven de alquiler en una vivienda no sólo el consumo no facturado (circunstancia fácil de probar a través del histórico de la empresa, y justa, puesto que el cliente debe pagar por lo disfrutado y no abonado a la empresa, al haberse visto beneficiado por la manipulación), sino también el coste de sustitución de un contador que acaso fue manipulado meses atrás por otro inquilino, o quizás por el propietario de la vivienda, o incluso por un tercero.

La diferencia entre el supuesto del artículo 49 y del artículo 62 es la existencia de fraude, pero ello no implica que el fraude haya sido cometido por el cliente, por lo que cobrar a un usuario por el cambio de un contador que no ha manipulado sería un abuso por parte de la empresa, dejando al usuario en una situación de indefensión absoluta. Y, en todo caso, la empresa puede acudir a la vía civil para reclamar los costes de sustitución del contador si tuviese pruebas de que este ha sido manipulado por el propio consumidor; o dirigirse frente a la persona que haya realizado tal acción en caso de no ser responsable el consumidor.

Así entablado el debate, dejamos desde ahora señalado que el planteamiento de la recurrente Madrileña Red de Gas, S.A.U. no puede ser acogido.

Una consideración aislada de lo dispuesto en el artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002 podría llevar a admitir -forzando acaso la literalidad del precepto, pero sin llegar a quebrarla- que el coste de sustitución del contador manipulado tuviese cabida en la expresión " *la cantidad necesaria para subsanar el fraude*". Sin embargo, el artículo 62.4 está lejos de disponerlo así con claridad; y, en todo caso, este artículo 62.4 no puede ser interpretado de forma aislada sino que ha de serlo en concordancia con lo dispuesto en otras normas, en particular con el artículo 49.2 del mismo Real Decreto.

Este artículo 49.2 del Real Decreto dispone -aquí sí, de forma clara- que en caso de alquiler de los equipos de medida la empresa distribuidora "(...) *procederá a la instalación de los mismos no pudiendo exigir cantidad alguna por ello*". Se trata de una regla general que, al no contemplar excepciones, debe considerarse aplicable en todo caso, también en el supuesto de manipulación de contadores al que se refiere la controversia. A estos casos de fraude se refiere el artículo 62 del propio Real Decreto, cuyo apartado 4 establece que la resolución que declare la existencia del fraude "...*determinará la cuantía de la cantidad necesaria para subsanar el fraude, así como los gastos derivados de la inspección de las instalaciones*". Pues bien, el hecho de que este precepto, específicamente referido a los casos de fraude no haga una referencia al coste de sustitución de contadores obliga a considerar, por aplicación de aquella regla general del artículo 49.2, que tampoco en los casos de fraude podrá la empresa distribuidora exigir cantidad alguna por la instalación de un nuevo contador.

En fin, hay una razón más para entender que la pretensión de que se impute al consumidor el coste de sustitución del contador en caso de fraude no puede ser alcanzada por la vía interpretativa que propugna la recurrente sino que habría de serlo, en su caso, mediante una reforma normativa que, por lo demás, habría de ser matizada.

Sucede que, como señala la representación de la Comunidad de Madrid, en caso de aceptarse el planteamiento de la recurrente se llegaría en determinados casos a un resultado abusivo e injusto, pues se imputaría indiscriminadamente el coste de sustitución de un contador al consumidor/usuario actual siendo así que la manipulación acaso la llevó a cabo un anterior usuario del local o vivienda, o quizás el propietario (caso de ser el usuario un arrendatario), o incluso un tercero que hubiese tenido acceso al contador situado en el exterior del inmueble.

CUARTO.- Interpretación del artículo 62.4 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre , en relación con el artículo 49.2 del mismo Real Decreto .



En consonancia con las consideraciones que hemos expuesto en el apartado anterior, la interpretación concordada de los artículos 62.4 y 49.2 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, lleva a esta Sala a considerar que, en la regulación vigente, tratándose de equipos de medida de combustibles gaseosos alquilados por el consumidor a la empresa distribuidora, no cabe imputar al consumidor/usuario el coste de instalación o sustitución del equipo de medida, ni aun en el caso de que la sustitución venga exigida por una manipulación del contador del gas.

QUINTO.- Resolución del recurso y costas procesales.

De acuerdo con la doctrina que acabamos de exponer, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad; debiendo mantenerse, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto, ha decidido:

No ha lugar al recurso de casación nº 4776/2020 interpuesto en representación de MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2020 (recurso contencioso-administrativo nº 260/2018); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.