

**Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia de 13 Feb. 2009, rec.
267/2008**

Ponente: Bustos Gómez-Rico, Modesto de.

Nº de Sentencia: 63/2009

Nº de Recurso: 267/2008

Jurisdicción: CIVIL

Indemnización de los daños derivados del alta irregular e incontestada en el servicio ADSL por una operadora de telecomunicaciones

Cabecera

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Daños derivados de la privación del servicio ADSL concertado con cierta compañía como consecuencia del alta irregular y no consentida en el mismo servicio por parte de otra operadora de telecomunicaciones. INDEMNIZACIÓN. Daños materiales. Gastos de locomoción y llamadas telefónicas. Daños morales. Fijación en 6.000 euros. Consideración de la grave intromisión efectuada por la compañía demandada en el contrato vigente anterior de servicios ADSL suscrito por los actores con una empresa distinta y del hecho de que el manifiesto perjuicio causado a los demandantes como usuarios por la privación del servicio se ve acrecentado por constituir un instrumento importante en el ejercicio de sus labores profesionales y de investigación. COSTAS PROCESALES. Estimación sustancial de la demanda.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La AP Madrid estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y revoca la sentencia de instancia en el sentido de elevar la cuantía de la indemnización a cuyo pago es condenada una operadora de telecomunicaciones por la privación a aquéllos del servicio ADSL que tenían contratado con otra compañía como consecuencia del alta irregular e incontestada en su conexión.

Texto

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 13

MADRID

SENTENCIA: 00063/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 13

1280A

FERRAZ 41

/11 Fax: 91-493.39.10/11 Fax: 91-493.39.10

N.I.G. 28000 1 7004298 /2008

Rollo: RECURSO DE APELACION 267 /2008

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 383 /2006

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 50 de MADRID

De:

Procurador:

Contra: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.

Procurador: ROBERTO ALONSO VERDU

Ponente: ILMO. SR. D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

Ilmo. Sr. D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

SENTENCIA

En Madrid, a trece de febrero de dos mil nueve. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre Reclamación de Cantidad, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante D. Jose Augusto y Dña. Rafaela , y de otra, como demandado-apelado France Telecom España, S.A..

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 50, de Madrid, en fecha 3 de diciembre de 2007, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jose Augusto , representado por el Procurador D. JOSE LUIS BARRAGUES FERNANDEZ contra FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.,

representada por el Procurador D. ROBERTO ALONSO VERDU, debo condenar y condeno a la parte demandada a que abone a la parte actora la cantidad de DOS MIL EUROS (2.000 euros), debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Rafaela , representada por el Procurador D. José Luis Barragues Fernández, contra France Telecom España, S.A., representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, debo absolver y absuelvo a France Telecom España, S.A. de las pretensiones de dicha codemandante, con expresa condena en costa a ésta última".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha veintiocho de marzo de 2008, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día once de febrero de dos mil nueve.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada excepto la parte que se refiere a la cuantificación del daño resarcible.

SEGUNDO.- Para alcanzar un completo conocimiento de las razones que dan sustento a las alegaciones aducidas en el recurso de apelación interpuesto por D. Jose Augusto y Doña. Rafaela contra la sentencia que, estimando parcialmente sus pretensiones, puso fin al procedimiento en la anterior instancia, resulta necesario efectuar una sumaria relación de los hechos que motivaron la demanda que presentaron el 13 de marzo de 2006 contra France

Telecom España, .S.A., que opera en España, entre otras empresas, a través de Wanadoo y Uni 2, y que son los siguientes:

a) D. Jose Augusto , es periodista y trabaja para un diario de difusión nacional, siendo un instrumento esencial para el ejercicio de su profesión la utilización del servicio de telefonía y ADSL, al disponer de acceso remoto a los servicios del periódico a través de la página de internet, según consta acreditado al folio 21.

Su esposa Dña. Rafaela se hallaba cursando el doctorado como investigadora en el Centro de Biología de la Universidad Autónoma, realizando la mayor parte de su trabajo en casa, para lo cual es indispensable la conexión a internet para el acceso remoto a las bases de datos de la Universidad, según también se prueba con los informes unidos a los folios 22 y 23.

En consideración a estas razones laborales, y además de otras personales y familiares, eran usuarios del servicio de telefonía y ADSL proporcionado por Telefónica España, S.A. -folios 24 a 32-.

b) En los últimos días de noviembre y primeros de diciembre de 2005 recibió una llamada de la empresa de telefonía Wanadoo, haciéndole una oferta del servicio de ADSL que gestionaban, al tiempo que le ofrecía enviarle un "router" y un modelo de contrato para que la estudiara. El 23 de diciembre de 2005 el Conserje recibió un paquete con el "router", pero no el modelo de contrato, paquete que le fue entregado el 31 de diciembre de 2005 -folio 35, documentos 7ª y 7B-.

c) Sin que los demandantes dieran ninguna respuesta a Wanadoo, ni desde luego aceptaran la oferta o suscribieran documento alguno, el día 21 de diciembre de 2005 fue cortada la conexión ADSL con Telefónica, empresa que les informó que el corte se había realizado por orden de Wanadoo, que había ocupado el "bucle" ADSL y que, por tanto, hasta que Wanadoo no lo liberase Telefónica no podía suministrarle el servicio.

France Telecom ha admitido que desde el 29 de diciembre de 2005 hasta el 16 de enero de 2006 se produjo un alta irregular en el servicio de ADSL de Wanadoo por haber suministrado algún agente distribuidor los datos de los demandantes -folio 114-.

d) Tras numerosas llamadas, tanto a Telefónica como a Wanadoo, empresa a través de la que la demandada comercializa sus servicios, el 5 de enero de 2006 un empleado de Wanadoo les informa que si no querían tener ninguna relación con dicha empresa debían solicitar la baja (pese a que nunca habían solicitado el alta), como así tuvieron que hacer. El 26 de enero de 2006 les comunicó Telefónica España que a pesar de haber dado la baja Wanadoo el 16 de enero de 2006 el "bucle" seguía estando ocupado por Wanadoo, pues según les dijo una empleada de ésta a la que llamaron, por razones técnicas, no quedaría liberado hasta treinta días después.

El día 2 de marzo de 2006 aún tenían ocupado el bucle ADSL" por Wanadoo.

e) El 6 de marzo de 2006 los demandantes dirigieron a Wanadoo-France Telecom el burofax que figura unido a los folios 67 a 69, en el que, tras exponer los hechos acaecidos y formular sus quejas, solicitaban la ejecución de las obras precisas para reinstalar el servicio de telefonía para su suministro en las anteriores condiciones, así como la indemnización de 6.000 euros, todo ello al amparo de los artículos 1101, 1902 y 1903 del Código Civil .

f) La Magistrado-Jueza de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimaba parcialmente al demanda con los pronunciamientos recogidos en los antecedentes de esta, interponiendo los apelantes contra tal resolución el recurso de apelación que ahora decidimos, en cuyas alegaciones volvían a relatar los hechos que dieron lugar a la demanda, que consideraron no habían sido correctamente valorados por la Juzgadora, sentencia que, por otra parte, no satisfacía las exigencias de exhaustividad y congruencia del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que terminaban solicitando la revocación de aquélla en lo que resultaba contraria a sus peticiones.

La demandada y apelada se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

TERCERO.- *Ha quedado suficientemente probado la producción de un alta irregular y no consentida en el servicio de ADSL por parte de Wanadoo que produjo la privación del mismo a los demandantes durante un dilatado periodo de tiempo, quienes se vieron obligados a darse de baja en dicho servicio no contratado para volver a darse de alta con Telefónica España, quien no*

obstante no pudo prestarlo hasta que Wanadoo no liberó definitivamente la línea, lo que se produjo con posterioridad al 2 de marzo de 2006.

Nos encontramos ante una intolerable e injustificada imposición por parte de la demandada de una situación de hecho a los demandantes, sin contrato previo que la legitimara, esto es, sin que estos hubieran exteriorizado su consentimiento a la oferta que le realizó el agente comercial de Wanadoo, ni se hubiera perfeccionado, por tanto, negocio jurídico alguno que otorgara a la demandante (sic) la obligación de prestar unos servicios y percibir por ellos una contraprestación. Estado de hecho impuesto que acarreó a los usuarios el perjuicio manifiesto de verse privados del servicio de ADSL que tenían contrato con otra Compañía y que utilizaban sin problema o inconveniente, quedando despojados de los beneficios que les reportaba en el ejercicio de su profesión y en las labores de investigación y estudio que el matrimonio demandante desarrollaba, además de carecer de la información y demás beneficios que son propios del referido servicio.

A consecuencia de tan irregular proceder comercial de la demandada, cuya responsabilidad surge de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil D. Jose Augusto y Doña Rafaela han sufrido daños materiales y daños morales.

Los primeros se cuantifican en 100 euros, que corresponden a las llamadas telefónicas y gastos de locomoción que se relacionan en la aclaración cuarta del escrito presentado el 6 de abril de 2006, pues es un hecho manifiesto que, al quedar privados del servicio de ADSL, Doña Rafaela no pudo acceder a la base de datos de la Universidad y tuvo necesariamente que desplazarse a sus dependencias para continuar con su labor de estudio e investigación, considerándose adecuado el razonamiento que efectúan para alcanzar la moderada cantidad de 98,34 € por tal concepto. Asimismo el importe de las llamadas telefónicas queda documentalmente acreditado a los folios 24 a 32.

Sin embargo, no puede concederse los 200 € que se demanda por el riesgo de que la demandada pueda originar nuevos daños y perjuicios mediante este tipo de contratación telefónica, ya que si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil permite las condenas de futuro, el artículo 220 las limita al pago de intereses o de prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte la sentencia. Esto es, resulta necesario que se trate de un evento

futuro pero cierto, quedando fuera de tal posibilidad los sucesos posteriores hipotéticos y, por tanto, inciertos.

Junto a este daño material concurre el denominado daño moral que en sí mismo puede entrañar la resolución, rescisión, el incumplimiento o la imposición, sin causa, de determinados contratos a la otra parte, como, entre otras muchas, tiene declarado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de septiembre de 1989, 18 de julio de 1997, 31 de diciembre de 1998, 17 de marzo y 31 de mayo de 2000, 10 y 24 de octubre de 2001, 5 de marzo y 1 de abril de 2002, daño que, como señala la sentencia de 31 de octubre de 2002, no incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial, sino que surge exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona (honor, pérdida de un ser querido, etc.).

La sentencia del mismo Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 abunda en el concepto y, literalmente, dice: "Nuestro Código civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos» y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo -que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil - la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6-12-1912 y de 19 de diciembre de 1949 (RJ 1949, 1463), declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (Sentencias de 3-6-1991, 3-11-1995, 21-10-1996 y 19-10-2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro".

Sobre en que aspectos se materializa o sustantiva el daño moral, las sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998, 31 de mayo de 2000 y 11 de noviembre de 2003 se refieren al impacto, padecimiento, sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia,

trastorno de ansiedad e impacto emocional. La sentencia de 22 de febrero de 2001 identifica el daño moral con dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece. En sentido análogo las sentencias de 22 de septiembre de 2004, 4 de febrero de 2005, 3 y 19 de mayo de 2006 .

Pues bien, *en atención a la grave intromisión efectuada por la demandada en el contrato vigente anterior de servicios de ADSL concertado por los actores con una Compañía distinta y , a sus results, la prolongada privación del mismo que, si ya por sí sola causa un manifiesto perjuicio a los demandantes como usuarios, se ve acrecentado por constituir un instrumento importante en el ejercicio de sus labores profesionales y de investigación; consideramos adecuada la concesión de la suma solicitada de 6.000 € para reparar tal daño,* la cual junto a los 100 € también conferidos para indemnizar los gastos sufridos devengará el interés de mora procesal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, devengo que comenzará respecto de la cantidad de 2.000 € desde la fecha de la Sentencia de primera instancia y desde la fecha de esta por la totalidad de la condena.

CUARTO.- *El rechazo de 200 € de la pretensión inicial es del tan escasa entidad que no impide considerar que la demanda ha sido estimada en los sustancial, sin que se de, por tanto, el supuesto de estimación parcial a los efectos de la imposición de las costas del procedimiento a que se refiere el artículo 394-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ni evite la aplicación del principio rector de "victus victoris";* tal y como en casos análogos tiene establecido el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 26 de febrero de 1998, 12 de julio de 1999, 26 de enero, 3 y 14 de febrero de 2001, 17 de julio de 2003 y 17 de diciembre de 2004, y esta misma Sección en Sentencias de 31 de mayo de 2006 (Recurso 579/05) y 5 de marzo de 2008 (Recurso 257/07).

Así pues, las costas causadas por el procedimiento en la primera instancia se impondrán a la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

No se hará imposición de las costas generadas por el recurso, según se preceptúa en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

III.- FALLAMOS

Que debemos estimar, y estimamos, el recurso de apelación interpuesto por D. Jose Augusto y Dña. Rafaela contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2007 por la Ilma. Sra. Magistrado-Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de los del esta Capital en los autos de juicio ordinario nº 383/2006, seguidos a su instancia contra France Telecom España, S.A.; resolución que se REVOCA, elevando el importe de la condena a 6.100 euros, que devengará el interés de mora procesal de 2.000 € desde la fecha de la sentencia de primera instancia, y de la totalidad de la condena desde la de ésta.

Las costas causadas por el procedimiento en la Primera Instancia se imponen expresamente a la demandada.

No se hace condena al pago de las costas generadas por el recurso, dada su estimación.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 267/08 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-

Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico