

**Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 226/2004 (Sección 13ª), de 24 febrero (AC 2004\1194)**

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 380/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González.

-----  
: reclamación de cantidad: procedencia: incumplimiento por retraso en proveer la reparación del sistema y reanudación del servicio: imposibilidad de utilizar un servicio contratado: daños y perjuicios: determinación.COSTAS PROCESALES: IMPOSICION: improcedencia: al actor: respecto de las causadas por la codemandada absuelta: existencia de cierta confusión entre mercantiles por su denominación: explica el ejercicio equivocado de la acción.

La Audiencia Provincial de Madrid declara haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de fecha 19-02-2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, revocándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

Texto:

En Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil cuatro. 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 de Menor Cuantía sobre reclamación de cantidad e Incumplimiento de contrato, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de los de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante D. Blas, representado por el Procurador Sr. Paniagua García y asistido del Letrado Sr. Lujan de Frías, y de otra, como demandados-apelados Telefónica, SA y Terra Networks España, SA, representados por los Procuradores Sr. García San Miguel y Orueta y Sr. Jabardo Margareto respectivamente y asistidos de la Letrada Sra. Donoso Donoso.

## ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO Por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 17, de los de Madrid, en fecha diecinueve de febrero de dos mil tres, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Paniagua García en nombre y representación de D. Blas frente a

Telefónica, SA representada por el procurador Sr. García San Miguel y Orueta y Terra Networks, SA representado por el Procurador Sr. Jabardo Margareto, debo: 1.-Requerir a Terra Networks, SA a que de cumplimiento a sus obligaciones contractuales, reanudando el servicio de la línea ADSL adscrita al teléfono del actor (ya verificado durante el curso del procedimiento). 2.-Condenar y condeno a la demandada mencionada a reintegrar al actor la suma de 180,30 euros. 3.-Desestimar la demanda en el resto, absolviendo expresamente a Telefónica, SA de las peticiones de condena formuladas contra ella en la demanda. 4.-Condenar a cada parte a abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo las derivadas de la intervención procesal de la demandada absuelta que serán de cargo de la parte actora».

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, para resolver el recurso.

TERCERO Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial correspondió, por reparto, el conocimiento del recurso a esta Sección Decimotercera. Fue incoado el correspondiente rollo y se asignó ponencia, con arreglo a las normas preestablecidas al efecto. Por auto de 28 de noviembre de 2003 se acordó la práctica de parte la prueba solicitada para esta instancia por la parte actora, consistente en reclamación de informes a Telefónica, SA (un informe) y a Terra Networks España, SA (doce informes) acerca de abono de mensualidades de la línea ADSL adscrita al número de teléfono 914419483 durante los meses de octubre de 2000 a febrero de 2001 (informe pedido a Telefónica) y sobre número de mensajes de correo electrónico enviados desde ese mismo número de teléfono en el período de 2 de octubre de 2000 al 7 de febrero de 2001, visitas que hasta el 2 de octubre de 2000 se hicieron a una determinada página web, visitas que hasta el mismo día se habían realizado a otra página web y otros extremos (informe pedido a Terra), señalándose para la celebración de la VISTA PÚBLICA el 18 de febrero de 2004, a las 9.45 horas.

Telefónica, SA y Terra Networks España, SA respondieron a las solicitudes del Tribunal en los términos que obran en los documentos de fecha 15 de diciembre de 2003, 29 de enero de 2004 y 27 de enero de 2004 obrantes en el Rollo de Sala.

La VISTA se celebró el día fijado, con el resultado que consta en el acta y en la correspondiente grabación audiovisual y el mismo día el Tribunal examinó y decidió el recurso.

CUARTO En la tramitación del presente recurso han sido observadas las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El Tribunal acepta los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la sentencia recurrida.

El Fundamento de Derecho Tercero sólo en lo coincidente con lo que seguidamente se expresará.

El Cuarto se acepta en cuanto a la irresponsabilidad de la demandada Telefónica, SA y en lo que afecta a la posibilidad de confusión entre mercantiles prestatarias del servicio el Tribunal se remite a lo que dirá luego al respecto.

Por último, del Fundamento de Derecho Quinto (sobre costas) se acepta en su primera parte (no imposición de costas al actor ni a Terra Networks España por la demanda dirigida contra ésta) y se rechaza su última parte (condena al actor al pago de las costas de la demandada absuelta Telefónica, SA), sobre lo que nos pronunciaremos en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente sentencia.

SEGUNDO El actor, Don Blas, reclama en esta litis de Telefónica, SA (Telefónica en lo sucesivo) y, a partir de la comparecencia de los artículos 692 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ( LEG 1881, 1) , por la que siguió la primera instancia del pleito, de Terra Networks España, SA (Terra desde ahora) sin desistir de la pretensión contra Telefónica inicialmente ejercitada (folio 86 de las actuaciones del Juzgado de procedencia), la devolución de las cantidades cobradas por el mantenimiento de la línea ADSL contratada durante el tiempo en que no estuvo operativa, el abono de 27.654 pesetas por el cobro duplicado de un módem más indemnización de daños y perjuicios cuantificados provisionalmente en diez mil pesetas diarias por día en que no ha podido utilizar la línea ADSL.

ADSL -Asymmetric Digital Subscriber Line, línea de abonado digital asimétrica- es una tecnología que transforma las líneas telefónicas convencionales en líneas de alta velocidad permanente. La conexión ADSL permite un acceso más rápido a Internet. El producto se comercializaba en julio de 2000 -cuando lo contrató el actor- por Telefónica Servicios y Contenidos por la Red, SA (luego Terra Networks España, SA) y era publicitado (en determinados casos y en nombre de Terra) por Telefónica, SA (confesión del representante legal de la demandada Terra, posición primera, folios 165 y 168).

Es hecho indiscutido que el acceso a Internet del demandante no estuvo operativo desde el 2 de octubre de 2000 hasta el 7 de febrero de 2001, causa por la que es formulada la reclamación de autos.

La sentencia de la primera instancia estima parcialmente la demanda, sólo en cuanto a la devolución al actor de lo satisfecho a Terra por cuotas correspondientes a esos cuatro meses de inoperancia (180,30 euros).

Recurre la sentencia el demandante por los motivos siguientes:

Primero.-Indebido inacogimiento de la pretensión de condena de daños y perjuicios.

Segundo.-Improcedente condena al actor al pago de las costas de la demandada absuelta, Telefónica.

La cantidad cobrada dos veces por el módem, objeto también de reclamación, consta haber sido restituida al demandante por Terra antes de la interposición de la demanda y la cuestión no es objeto del recurso. Tampoco se discute en esta apelación la condena a Terra al abono de las cuotas percibidas durante el período de inoperancia del servicio contratado.

TERCERO Damos por reproducido lo argumentado por la Juzgadora de la primera instancia en su Fundamento de Derecho Segundo, en orden al incumplimiento de Terra por retraso en proveer la reparación del sistema y reanudación del servicio, con independencia de la causa de la avería. Por lo demás, es cierto que no consta la utilización de la línea por el actor a efectos de información sindical ni la función de la línea de satisfacción de intereses de un amplio colectivo de trabajadores públicos ni el número de visitas a las páginas web del actor o comunicaciones por correo electrónico a sus direcciones en los meses anteriores a la avería, sin que pueda afirmarse que Terra, al contestar a la demanda y no rebatir con datos concretos las cifras de visitas y correos que el demandante alega en su demanda, deba sufrir la consecuencia que a las respuestas evasivas otorgaba el artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada ( LEG 1881, 1) , pues, de una parte, estamos ante datos personales de los que Terra es mero custodio temporal, con deber de confidencialidad y de los que no podría hacer una utilización en provecho propio, cual sería su defensa en el proceso, aunque se trate de un proceso frente al titular de los datos y, de otra parte, no existe constancia de que Terra aún dispusiese de esos datos cuando fue emplazada para contestar a la demanda (junio de 2001) ni cuando le fueron solicitados en fase probatoria de la primera instancia (enero de 2002), teniendo en cuenta que la obligación de los operadores y prestadores de servicios de retención de datos de tráfico relativos a comunicaciones electrónicas por un período máximo de doce meses, fue establecida por la Ley 34/02, de 11 de julio ( RCL 2002, 1744, 1987) , de Servicio de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, que no entró en vigor hasta el 12 de octubre de 2002 (Disposición Final Novena de la Ley, que fue publicada en el Boletín Oficial del estado del 12 de julio de 2002).

Pero necesariamente el demandante tuvo que sufrir un perjuicio por la imposibilidad de utilizar un servicio contratado (la contratación demuestra interés en el servicio) durante cuatro meses. Tiene dicho el Tribunal Supremo ( Sentencia de 25 de febrero de 2000 [ RJ 2000, 1245] ) que «si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación absoluta y radical, y que en casos en que los daños y perjuicios se presentan como reales y efectivos, no viene a ser necesario acreditar su realidad cuantificada, por ser consecuencia forzosa del incumplimiento decretado, que fue provocado única y exclusivamente por la parte demandada, lo que determina por sí la obligación reparadora que surge como efecto inevitable ( Sentencias de 24 de enero de 1975 [ RJ 1975, 95] , 5 de junio de 1985 [ RJ 1985, 3094] , 30 de septiembre de 1988 [ RJ 1988, 6393] , 7 de diciembre de 1990 [ RJ 1990, 9900] , 15 de abril y 15 de junio de 1992 [ RJ 1992, 5136] )». Tal ocurre en el caso de autos en que es incuestionable que el demandante tenía interés en disponer de un acceso rápido a Internet del que se vio privado durante cuatro meses por incumplimiento de la contraparte contractual, por lo que, cualquiera que fuese la aplicación que quería dar al uso del servicio contratado, se produjo un perjuicio cuya reparación debe acordar el Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil ( LEG 1889, 27) , estimando como mínimo, en 1.200 euros la valoración del perjuicio. En estos términos se acogerá parcialmente este primer motivo del recurso.

CUARTO En lo que se refiere a las costas de la primera instancia de la demandada absuelta, Telefónica, el recurso debe ser estimado. Es innegable la existencia de cierta confusión entre mercantiles por su denominación (Telefónica Servicios y Contenidos por

la Red, SA era la antecesora de Terra, que frecuentemente se mostraba como Telefónica SCR, SA (así, folios 16 y 17), funciones en relación con el producto objeto de la reclamación del pleito (comercializado por Terra, pero encargándose Telefónica de su publicidad, confesión judicial del representante de Terra, posición primera, folios 165 y 168) y comunicaciones con clientes (empleo por ambas mercantiles del teléfono 1004 para atención al cliente, confesión judicial del representante de Telefónica, posición duodécima, folios 153 y 154), lo que explica el ejercicio equivocado de la acción y se tiene por circunstancia excepcional que justifica la no imposición al actor de las costas de la primera instancia de la demandada absuelta, conforme autoriza el párrafo primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ( LEG 1881, 1) .

QUINTO Al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no procede hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398, apartado dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , por las que se sustancia la presente instancia, según previene la Disposición transitoria segunda de la misma disposición.

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

## FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de febrero de 2003 del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de los de Madrid, dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, CONFIRMANDO dicha resolución con las dos excepciones siguientes:

Primera. Condenamos, además, a Terra Networks España, SA, por esta sentencia, a pagar al actor 1.200 euros (mil doscientos) en concepto de daños y perjuicios.

Segunda. Revocamos la condena en costas contenida en el fallo de la sentencia recurrida y, por la presente, no hacemos expresa condena sobre las costas de la primera instancia.

Tampoco hacemos expresa condena sobre las costas de esta apelación.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala núm. 380/03 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-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.