

EDJ 2008/22479

Audiencia Provincial de Madrid, sec. 9ª, S 24-1-2008, nº 38/2008, rec. 246/2007
Pte: Moreno García, Juan Angel

Resumen

Acoge la AP parcialmente el recurso de apelación planteado contra la sentencia de primera instancia que había desestimado la demanda de reclamación de cantidad como devolución de las cantidades cobradas a la demandante por los servicios pactados e incorrectamente prestados sobre telefonía, así como los gastos de comunicaciones para solucionar dicha cuestión. Resuelve la Sala que del conjunto de las pruebas practicadas y los hechos probados, ha habido una incorrecta prestación del servicio de telefonía y acceso a Internet, con múltiples quejas y facturando la demandada los servicios, procediendo la devolución de las cantidades cobradas por la demandada, pero no pueden imponerse a ésta los honorarios abonados por la demandante a su Letrado en cuanto que no era preceptiva la intervención de éste en el juicio.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.217
Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación
art.5
Ley 26/1991 de 21 noviembre 1991. Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles
art.3 , art.4
Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
art.2 , art.10
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1168

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABOGADOS

ACTUACIÓN EN EL PROCESO

INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR EN EL PROCESO

Excepciones

CONSUMIDORES Y USUARIOS

CLÁUSULAS ABUSIVAS

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Consumidor,Sociedad; Desfavorable a: Consumidor,Sociedad

Procedimiento:Apelación, Juicio verbal

Legislación

Aplica art.217 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.5 de Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación

Aplica art.3, art.4 de Ley 26/1991 de 21 noviembre 1991. Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles

Aplica art.2, art.10 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Aplica art.1168 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 26/1991 de 21 noviembre 1991. Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 9

MADRID

SENTENCIA: 00038/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección Novena

SENTENCIA NÚMERO: 38

RECURSO DE APELACIÓN 246/2007

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

En MADRID, a veinticuatro de enero de dos mil ocho.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Verbal 321/2006, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 3 de Pozuelo de Alarcón, a los que ha correspondido el Rollo 246/2007, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante D. Mercedes; y de otra, como demandado y hoy apelado FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.; sobre consumidores telefonía.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL Ilmo. Sr. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.

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. 3 de Pozuelo de Alarcón, en fecha 27 de junio de 2006, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Fallo:"DESESTIMO la demanda interpuesta por la entidad Dª Mercedes contra la entidad WANADOO ESPAÑA, S.L. y, en consecuencia, ABSUELVO al demandado de todas las pretensiones deducidas en su contra.- asimismo, CONDENO a la parte demandante a abonar las costas generadas en el presente procedimiento."

Segundo.- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la contraparte quien se opuso al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma.

Tercero.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día veintitrés de enero del año en curso.

Cuarto.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que deben entenderse sustituidos por los de esta resolución judicial.

Segundo.- Con carácter previo a resolver los diferentes motivos del recurso de apelación es necesario partir de los siguientes hechos que han quedado acreditados en los presentes autos:

La actora venía teniendo el acceso a Internet a través de los servicios prestados por la parte demandada, abonando por ello 8,10 €/mes. En el mes de octubre de 2004, como consecuencia de una oferta de la demandada, amplió los servicios contratados con la demandada, a fin de poder tener dicho servicio incluido en dicho servicio el servicio de llamadas, pasando a abonar desde el mes de noviembre 17,37 € la mes.

De la prueba documental aportada ha quedado acreditado, que ante los defectos en la prestación del servicio, en el mes de enero de 2005 contrató una ampliación de esos servicios, lo que supondría un coste de 31,89 €, si bien a partir del mes de febrero de 2005 el coste mensual se fijó en 43,36 €.

La actora como consecuencia de la mala prestación del servicio en 10 de marzo de 2005 remitió un fax a fin de comunicar su voluntad de dar por resuelto el contrato, pese a lo cual se le facturó con posterioridad el servicio de dos meses posteriores, que con posterioridad le fue devuelto.

Partiendo de los hechos expuestos así como de las alegaciones de las partes, especialmente de la demanda y del acto del juicio, el contrato de prestación de servicios suscritos entre las partes, al ser la parte actora y apelante un consumidor se encuentra sometido o sujeto a la legislación especial de la materia, en especial la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Tercero.- El artículo 2 de Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece entre los derechos básicos del consumidor, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos; la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. Por su parte el artículo 10 de la citada ley establece los requisitos que deben reunir las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, entre los cuales se encuentran, la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual, entrega a, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado, buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Estableciendo también que en aquellos casos en los que se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Por su parte la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su artículo 5 EDL 1998/43305 establece que las citadas condiciones generales de contratación no podrán entenderse que se han aceptado por el consumidor, cuando no se le haya informado expresamente, y se le haya entregado una copia o ejemplar de las mismas, siendo necesario en los casos de contratación telefónica o electrónica, que se envíe al consumidor justificación de la contratación efectuada, donde deben constar los términos de la misma.

Por otro lado la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles EDL 1991/15546, en sus artículos 3 y 4 establece la forma en que deben documentarse los contratos de esta naturaleza, siendo el efecto de dicho incumplimiento de estas formalidades motivo por el que el consumidor puede solicitar la nulidad del contrato.

Cuarto.- Del conjunto de las pruebas practicadas y de los hechos que se declaran probados, consta en los autos que desde el mes de octubre de 2004, fecha en que la parte actora aceptó una oferta de la entidad telefónica para ampliar sus servicios de llamadas y de acceso a Internet, hasta el mes de marzo de 2005, dicho servicio no fue prestado de forma correcta, como se pone de relieve por las múltiples reclamaciones tanto telefónica como documental, cuya existencia consta documental en los autos, por las llamadas realizadas al teléfono de atención al cliente, y que durante ese periodo de tiempo, se le vino facturando el servicio contratado sin haber procedido a su correcta prestación; por otro lado consta en los autos que la entidad ahora apelada incumplió las obligaciones que se derivan de la legislación especial en materia de defensa de consumidores y usuarios, no se le entregó en ningún momento documentación de los servicios contratados, ni en su caso un ejemplar de las condiciones generales aplicables a dicho contrato, sin que a tal efecto pueda servir sin más, el hecho de que el consumidor pueda consultarlas en la página Web de la operadora de telefonía; en la medida que la contratación así realizada supone una clara infracción de las obligaciones que de este tipo de contratos se derivan de la entidad demandada y apelante, que implica por un lado una situación de inferioridad, y por otro una imposibilidad o dificultad añadida de poder acreditar los incumplimientos alegados, cuando falta toda documentación del contrato, y de forma especial de las condiciones en que se celebró, así como las condiciones generales aplicables al mismo.

En base a lo expuesto y constando el incumplimiento tanto de las obligaciones legales, como de las contractuales, en lo que se ha podido conocer, a falta de la documentación del contrato, hecho imputable a la demandada, debe entenderse con arreglo al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, ante el incumplimiento acreditado, debe devolverse a la parte actora las cantidades cobradas como consecuencia de los servicios pactados y que no fueron correctamente prestados, así como los gastos de las comunicaciones que a fin de solucionar dicha cuestión, tuvo la parte actora como consecuencia de las llamadas que tuvo que realizar a la entidad WANADOO, y ha quedado acreditado por la prueba documental aportada por un importe total de 173,68 €.

Quinto.- En el escrito de apelación se impugna la pretensión formulada en la demanda del abono de 313,20 €, en concepto de los honorarios abonados por la actora D^a Mercedes al letrado que contrató a fin de que resolviera esta cuestión con la demandada, al entender que se infringe el artículo 1168 del Código Civil EDL 1889/1.

Con relación a este concreto motivo del recurso de apelación, no cabe entender infringido este precepto, en la medida que si para la reclamación de la deuda realizada en vía judicial, no es preceptiva la intervención de letrado y procurador, por lo que no puede incluirse dichos honorarios en la correspondiente tasación de costas que pueda practicarse en su caso, tampoco puede considerarse un gasto necesario para obtener el cobro por vía extrajudicial los servicios de dicho profesional. En la medida que el artículo 1168 del Código Civil EDL 1889/1, se está refiriendo a los gastos, pero necesario para obtener el pago, sin que a este respecto pueda, por un lado entenderse que el contratar a un letrado sea un gasto para obtener la resolución del contrato, o la reclamación extrajudicial de las cantidades indebidas, cuando puede la parte proceder a su reclamación, y menos que tal gasto puede calificarse de necesario tal como exige el artículo mencionado.

Sexto.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, no ha lugar hacer expresa imposición de las costas ni de primera instancia ni de las de esta alzada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Mercedes contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pozuelo de Alarcón se revoca parcialmente condenando a WANADOO ESPAÑA S.A., a que abone a la actora la cantidad de 173.68 €, e intereses legales de la fecha de la interposición judicial.

Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de las costas ni de primera instancia ni de las de esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma NO CABE recurso alguno.

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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370092008100018