



Roj: **SAP M 12438/2013 - ECLI:ES:APM:2013:12438**

Id Cendoj: **28079370092013100352**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **25/07/2013**

Nº de Recurso: **793/2011**

Nº de Resolución: **355/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE LUIS DURAN BERROCAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933935

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2011/0010170

**Recurso de Apelación 793/2011**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 04 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1623/2005

**APELANTE:** FORMACION AVANZADA EN INFORMATICA SRL

PROCURADOR D./Dña. MARIA ANGELES OLIVA YANES

**APELADO:** YA.COM INTERNET FACTORY SAU

PROCURADOR D./Dña. JAVIER ZABALA FALCO

**SENTENCIA NÚMERO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 793/2011**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL**

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS

**D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO**

En Madrid, a veinticinco de julio de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 1623/2005, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 793/2011, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante **FORMACIÓN AVANZADA EN INFORMÁTICA S.R.L.**, representada por la Procuradora Dª. María Ángeles Oliva Yanes; y de otra, como demandada y hoy apelada **YA.COM INTERNET FACTORY, S.A.U.**, representada por el Procurador D. Javier Zabala Falco; sobre incumplimiento de contrato y reclamación de cantidad por daños y perjuicios.

**SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL.**



## I.- 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 nº 4 de Madrid, en fecha dos de noviembre de dos mil diez, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : Desestimo la excepción de falta de legitimación activa.- Estimo en parte la demanda presentada por Formación Avanzada en Informática SRL, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Maria Ángeles Oliva Yanes, contra Yacom Internet Factory SD representada por el procurador sr. Zabala Falcó, y condeno a la demandada a pagar a la entidad actora la cantidad abonada por ésta a Yacom durante el tiempo que duró la relación contractual, esto es, desde el 2 de febrero de 2002 hasta el 24 de febrero de 2005, lo que se determinará en fase de ejecución de esta sentencia.- Sin imposición de las costas causadas en este proceso."

**Segundo** .- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de 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 bajo las expresadas representaciones.

**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 doce de junio del año en curso.

**Cuarto** .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por los asuntos pendientes en esta Sección.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .- Se aceptan los de la sentencia apelada, compatibles con los que a continuación se exponen.

**Segundo** .- Se configura en nuestro sistema la apelación como un recurso ordinario que confiere al Tribunal "ad quen" la íntegra revisión de lo actuado y resuelto en la primera instancia, si bien manteniéndose los términos en que discurrió el debate en dicha instancia, por lo que está vedado plantear cuestiones nuevas en la alzada, conforme al principio general "in appellatione nihil innovatur", recogido ya de "lege data" al presente en el artículo 456-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando establece que "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel Tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el Tribunal de apelación".

El expresado principio y el precepto legal que lo incorpora ha sido flagrantemente conculcado en el supuesto enjuiciado por la actora recurrente, habida cuenta que en los contratos por ella aportados con su demanda, (folios 14 y 17) el primero de 1 de febrero de 2002 firmado por D. Jose Antonio y el segundo de 8 del siguiente marzo, suscrito ya en nombre de la sociedad apelante, ambos con igual contenido, se establece en su condición general 6.6 " *Limitación de responsabilidad* . En todo caso la responsabilidad de YACOM estará limitada al montante total de cuotas efectivamente pagadas por el CLIENTE en virtud del presente contrato, excluyéndose expresamente toda responsabilidad por daños directos o indirectos, daños emergentes y/o lucro cesante.", cuya condición, alegada de contrario en la contestación a la demanda, fue acogida por la Juzgadora de Instancia como determinante, tras tachar de negligente la conducta de la demandada al dar de baja en el contrato a su oponente, de su fallo estimatorio solo en parte de la demanda, mientras que en el recurso se alega una modificación posterior de la condición en cuestión, que no fue aducida en la fase expositiva del proceso, no acreditada en la fase probatoria, publicada por la demandada en su página Web de acceso, conforme le autorizaba la condición contractual 8<sup>a</sup>, y vigente cuando se produjeron los hechos enjuiciados -24-2-2005-, cuya aplicación tardíamente postula, y, además, solicita su examen, indicando la forma de acceder a ella a través de internet, pero no interesa en debida forma que se practique tal documental en esta alzada, quizás porque, atendida la fecha de la modificación invocada, no tendría encaje legal en ninguno de los supuestos contemplados por el artículo 460 del Texto procesal.

**Tercero** .- Cuanto antecede es bastante para el perecimiento del recurso, no obstante, a ello se añade, a mayor abundamiento, que aun de tener por cierta la modificación referida y aplicarla al caso analizado, el resultado sería igualmente el de la desestimación del recurso, en atención a las siguientes consideraciones: *Primera* , la cláusula modificada incluida como 8- 6, según la demandante apelante es del tenor literal siguiente "En todo caso, la responsabilidad de YACOM (salvo que concurra dolo o negligencia grave), estará limitada al montante total de cuotas efectivamente pagadas por el CLIENTE en virtud del presente contrato, excluyéndose



expresamente toda responsabilidad por daños directos o indirectos, daño emergente y/o lucro cesante"; *Segunda*, orillada la aplicación de la Norma tuitiva de los **Consumidores** y Usuarios, por no reunir tal condición la sociedad demandante, la literalidad transcrita no se considera nula por abusiva, en cuanto que la única responsabilidad irrenunciable es la derivada del dolo, conforme al artículo 1102 del Código Civil; *Tercera*, es cierto que la sentencia de primer grado tacha de negligente la conducta de la demandada de dar de baja a la cliente accionante en virtud de una errada interpretación de cierta comunicación dirigida por la segunda a la primera, pero no lo es menos que el dolo en el proceder de la ahora apelada queda descartada por la mentada y compartida calificación de negligencia, y, aunque ésta no puede ser ahora revisada en cuanto que ha sido consentida por la demandada que no ha interpuesto recurso, tampoco es adjetivado de grave; y *Cuarta*, al hilo de la anterior, no entiende la Sala que pueda como tal (grave) evaluarse la negligencia en cuestión, si se repara: a) que a consecuencia de ciertas desavenencias surgidas entre las contratantes por un cambio de domicilio que iba a realizar la demandante pretendiendo que se mantuviera la misma IP fija que formaba parte de los servicios contratados, a lo que no accedía la demandada por entender en aquel entonces imposible tal solicitud, la primera remitió a la segunda cierta comunicación el 10 de febrero de 2005 (Documento 152 de la demanda) manifestándole, en síntesis y en lo que aquí interesa, que "Por mi parte, y ante la inminencia del cambio de domicilio, si no tengo una respuesta afirmativa (se refiere al problema de la IP fija) en los próximos días me veré en la necesidad de darme de baja en su servicio y tener que contratarlo con otro proveedor, y habrán perdido un cliente", a lo que respondió la ahora apelada mediante correo (Documento 153 -demanda) de 24 de febrero de 2005, en el que se decía "Estimado/a cliente, Te confirmamos que hemos aprobado la baja del contrato de acceso a Internet, cuyos datos figuran a continuación ..."; b) que esta respuesta y la baja que comporta es lo que considera la sentencia apelada negligente y fruto de una errada interpretación de la comunicación de la contraparte, con criterio que, amén de consentido como ya se ha dicho, debe compartirse en el sentido que lo procedente y, desde luego, lo más prudente, hubiere sido insistir a la cliente en la postura de negativa de la remitente y esperar a que aquélla solicitare la baja de manera clara y terminante, no puede, pese a ello, pasarse por alto que en la transcrita comunicación de la apelante se manifiesta con toda claridad su intención de causar baja si no obtiene respuesta afirmativa ("me veré en la necesidad de darme de baja"), por lo que la imprudencia de la demandada se reduce a no haber esperado a una manifestación más contundente, según ya se ha razonado, de su oponente en cuanto a la baja, pero en cierto modo está en parte provocada por ella, y, por supuesto, ello impide apreciar culpa grave, y obvio es señalarlo, mucho menos actuación dolosa.

**Cuarto** .- La apelante habrá de soportar las costas de su desestimado recurso, conforme al artículo 398-1 de la precitada Ley Rituaria .

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

#### FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de FORMACIÓN AVANZADA EN INFORMÁTICA, S.R.L. contra la sentencia pronunciada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia nº 4 de Madrid, con fecha dos de noviembre de dos mil diez, en los autos de que dimana este rollo, **CONFIRMAMOS** la expresada resolución, imponiendo a la mencionada apelante las costas causadas en esta alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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 CABE RECURSO DE CASACIÓN, de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal, en el término de VEINTE DÍAS siguientes a la notificación de la presente resolución.

**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. Doy fe.