



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE JUSTIZIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1, PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00307/2020

Modelo: N10250
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5
Teléfono: 986805108 Fax: 986803962
Correo electrónico:

Equipo/usuario: CA

N.I.G. 36026 41 1 2019 0000233
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000206 /2020
Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de MARÍN
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000120 /2019

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SA, MINISTERIO FISCAL
Procurador: [REDACTED],
Abogado: [REDACTED]

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 307/20

En Pontevedra, a uno de junio de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000120 /2019, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de MARÍN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000206 /2020, en los que aparece como parte apelante [REDACTED]

[REDACTED] representado por el Procurador de los tribunales, [REDACTED], asistido por el Abogado [REDACTED], y como parte apelada **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SA**, representado por el Procurador de los tribunales, [REDACTED], asistido por el Abogado [REDACTED], y el **MINISTERIO FISCAL**, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. [REDACTED], quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marín, con fecha 20-12-2019 se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

“

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU, representada por la Procuradora [REDACTED], DECLARO la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condeno a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a indemnizar al demandante en la cantidad de tres mil euros (3.000 euros), que devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC.
Sin imposición de costas.”

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por [REDACTED] se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por el apelante, [REDACTED], se pretende la revocación parcial de la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 120/19 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marín, que estimando parcialmente su demanda por vulneración de derecho al honor al haber sido incluida en un fichero de morosos indebidamente, no la indemnizó en la totalidad de la cantidad por él solicitada de 12.000€, reduciéndola a 3000€ que considera una cantidad simbólica, a pesar de la vulneración de un derecho fundamental.

Argumenta a su favor que no se tienen en cuenta los parámetros jurisprudenciales en el establecimiento de tan pacata indemnización, cuáles son las incidencias habidas en la relación con la demandada, la Cía. Movistar, que le había girado una factura indebida e injustificada, por lo tuvo que realizar gestiones durante varios meses para solucionar el problema, formuló varias reclamaciones y finalmente hubo de acudir a un abogado. Tampoco se he tenido en cuenta el tipo de inclusión en dos ficheros (ASNEF y BADEXCUG), durante cuatro años, se le ha producido un



importante daño moral en su condición de autónomo al contratar un seguro para sus vehículos, u obtener financiación para su actividad laboral porque se había consultado su posición deudora 49 veces. Finalmente, la cifra concedida es mínima en relación a la que generalmente se concede por las AP. También solicita que se impongan las costas a la demandada.

A dicha pretensión se opone Telefónica Mòviles España SAU alegando que en la actualidad se está comercializando y mercantilizando el derecho al honor, no resultando simbólica la cifra con la que ha sido indemnizado, no consta que se le hubiera causado un daño mayor.

SEGUNDO- La STS de 16-2-2016 recuerda sobre vulneración del Derecho Fundamental al Honor, en un caso similar que *"La sentencia de esta Sala núm. 284/2009, de 24 de abril , sienta como doctrina jurisprudencial que inclusión indebida en un fichero de morosos vulnera el derecho al honor de la persona cuyos datos son incluidos en el fichero , por la valoración social negativa que tienen las personas incluidas en estos registros y porque la imputación de ser "moroso " lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación "pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos [...] es una imputación, la de ser moroso , que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación".*

Esta sentencia afirma que para que tal vulneración se produzca es intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, puesto que la jurisprudencia ha distinguido en el derecho al honor un doble aspecto, el aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- y el aspecto externo de valoración social -trascendencia-.

No es preciso, pues, que haya existido una efectiva divulgación del dato para que se haya vulnerado el derecho al honor del afectado y se le hayan causado daños morales. Si el dato ha sido divulgado, porque el registro ha sido consultado, y tal divulgación tiene consecuencias económicas, habrían de indemnizarse tanto el daño moral como el patrimonial."

(...)

"la regulación de la protección de datos de carácter personal es determinante para decidir si la afectación del derecho al honor, en el caso de inclusión de los datos del afectado en un "registro de morosos ", constituye o no una intromisión ilegítima, puesto que si el tratamiento de los datos ha sido acorde con las exigencias de dicha legislación (es decir, si el afectado ha sido incluido correctamente en el "registro de morosos"), no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima."

Por su parte, la STS de 29-1-2013 ya había declarado que *"la inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos, reviste gran trascendencia por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia la misma, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser de la máxima diligencia para evitar posibles errores. En suma, la*

información publicada o divulgada debe ser veraz, pues de no serlo debe reputarse contraria a la ley y, como acto ilícito, susceptible de causar daños a la persona a la que se refiere la incorrecta información. La veracidad de la información es pues el parámetro que condiciona la existencia o no de intromisión ilegítima en el derecho al honor, hasta tal punto que la STS de 5 julio 2004 antes citada, señala que la veracidad de los hechos excluye la protección del derecho al honor; en efecto, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que sea legítimo el derecho constitucional de comunicar libremente información es preciso entre otros requisitos que lo informado sea veraz, lo que supone el deber especial del informador de comprobar la autenticidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, empleando la diligencia que, en función de las circunstancias de lo informado, medio utilizado y propósito pretendido, resulte exigible al informador."

La misma sentencia declara que existe intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando la inclusión en el fichero de morosos se produce en virtud de una deuda que no sea cierta, vencida, exigible e impagada, y sobre la que se haya practicado requerimiento previo de pago. Secuencialmente a dicha prueba, la STS de 6-6-2014, estima una presunción "iuris et de iure" no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre , y núm. 12/2014, de 22 de enero).

Se trata, por tanto, "de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio."

Por tanto, no es cuestionable la existencia del daño una vez acreditada la intromisión ilegítima, que además no se recurre y ha quedado probada en la instancia, sino únicamente el importe de la misma.

TERCERO. -La parte actora pedía ser indemnizada en la cantidad de 12.000€ euros, habiéndosele reconocido 3000€.

Son circunstancias de hecho a tener en cuenta para la resolución del recurso, las siguientes:

-El [REDACTED] fue cliente de la demandada desde julio de 2008 en la Tarifa Alta Autónomos Unico hasta mayo de 2014, cumpliendo adecuadamente sus obligaciones de pago hasta ese momento

-A raíz del giro de un recibo complementario de 1 de julio de 2014 por importe de 65,98 euros atinentes a la "Compensación especial del plan de tarifas", que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

generó la discrepancia se le incluyó en dos registros de morosos, ASNEF-EQUIFAX y EXPERIAN-BADECUG con alta desde el 6 de octubre de 2014

-La deuda inscrita en el primer archivo fue consultada por [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] por un total de 26 consultas

La del Fichero Badexcug fue consultado en 23 ocasiones por [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] y otras aseguradoras en 23 consultas.

- El actor es un trabajador autónomo que cuando solicita un seguro para sus vehículos se le ponen trabas por hallarse incluido en el fichero

- El actor tras efectuar varias reclamaciones sin respuesta acude al despacho de un abogado

- La inscripción en el fichero se inició en octubre de 2014 y no consta su retirada

La STS de 26-4-2017 establece los siguientes criterios indemnizatorios aplicables al caso que nos ocupa:

"Sobre la inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas.

Para valorar este segundo aspecto afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos.

También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados.

Así mismo se ha declarado que no es admisible una de indemnización simbólica, sino que ha de ser disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona, señalando que *"Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre, "según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8)" (STS 4 de diciembre 2014, rec. núm. 810/2013).*"

Se complementan estas consideraciones en la sentencia del Tribunal Supremo nº 512/2017, de 21 de septiembre de 2017, con referencia a una indemnización simbólica indica que "*Una indemnización de este tipo tiene un efecto disuasorio inverso. No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido, sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa.*" Señalando también la Jurisprudencia que "*la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos*".

Como dijimos, en lo que se refiere a la cuantía de la indemnización de los daños morales, su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero ello no imposibilita legalmente para fijar su cuantificación, a cuyo efecto han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso. Se trata, por tanto, de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio, que atendiendo:

- a la condición de profesional autónomo del actor que cumplió con sus obligaciones de manera regular en relación a la nimiedad de la deuda que se le reclamaba

- la duración de la inscripción en dos ficheros desde octubre de 2014 hasta la actualidad (seis años)

- la notable divulgación de la información indebida a Bancos y aseguradoras que entorpecieron su financiación como autónomo y obtención de seguro del automóvil

- las varias reclamaciones previas no atendidas hasta la contratación de un letrado para impetrar la tutela de los tribunales

Todos ellos constituyen hechos suficientemente graves para el actor en la intromisión ilegítima del derecho al honor, además del perjuicio económico y molestias ocasionadas que se cifra en 10.000€ el importe de la indemnización procedente por este concepto, atendiendo a los indicadores o parámetros jurisprudenciales para su fijación.

CUARTO.- Solicita el recurrente la imposición de costas de primera instancia en orden a que la mayoría de los pedimentos formulados por él han sido acogidos, la declaración de intromisión ilegítima, la retirada del fichero y la condena indemnizatoria, que ahora elevamos.



La Ley de Enjuiciamiento Civil es clara cuando, en relación con las costas, adopta como criterio general el del vencimiento (artículo 394), anuda el pronunciamiento de las costas al resultado del litigio. Por un lado, es una medida disuasoria, pues la amenaza que representa esa carga económica evita la presentación de demandas, con lo cual se reduce la litigiosidad. Y por otro, persigue compensar los gastos judiciales sufridos por quien tiene la razón de su parte.

El Tribunal Supremo ha equiparado al vencimiento total el vencimiento sustancial. Se ha invocado la equidad y el propio espíritu que informa el artículo 394 para concluir que, por poderosas razones prácticas, deben imponerse las cosas cuando existe un cuasi-vencimiento, es decir, cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo 715/2015, de 14 de diciembre, el carácter sustancial de la estimación de la demanda ha sido apreciado cuando la pretensión se estima en sus aspectos más importantes cualitativa o cuantitativamente. Y así se ha aplicado cuando se desestiman aspectos accesorios o subordinados de la reclamación como intereses, pero no cuando esos aspectos accesorios tienen trascendencia económica.

Puestas en relación estas consideraciones con el caso de autos, el actor pedía no solo la declaración de intromisión ilegítima en su honor, sino también una indemnización de 12.000 euros.

A la vista del fallo de la sentencia apelada, que condena a una indemnización de 10.000€ siguiendo la doctrina de los Tribunales, y de esta Sección también, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, *"complementa el sistema con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda, que, sí en teoría se podría sintetizar en la existencia de un "cuasi- vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos en que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por razón de la misma, resulta oportuno un cálculo "a priori" ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas, y además se centra la reclamación en relación al "valor del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posibles"* como ha argumentado la SAP de Madrid de 1 de junio de 2018, que esta Sala comparte.

En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Apelación formulado por [REDACTED] representado por la Procuradora [REDACTED] contra la sentencia dictada en los autos de Juicio ordinario nº 120/19 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marín, la debemos revocar y revocamos en el sentido de estimar sustancialmente la demanda formulada por dicho apelante contra Telefónica Móviles España SAU representada por la Procuradora [REDACTED] a quien se condena a que abone al actor en 10.000€, con imposición de las costas de primera instancia y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las de esta alzada.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, [REDACTED], Presidente; D. [REDACTED] y, [REDACTED], ponente.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.