ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00316/2020

Modelo: N10250
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MA

N.I.G. 36038 42 1 2018 0004062
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000164 /2020
Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de PONTEVEDRA
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000790 /2018

Recurrente: ORANGE ESPAGNE SAU
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]
Recurrido: [redacted]
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]

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

[redacted]

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 316/20

En PONTEVEDRA, a cinco 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 0000790/2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha

correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000164 /2020, en los que aparece como parte **apelante**, **ORANGE ESPAGNE SAU**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. [redacted], asistido por el Abogado [redacted], y como parte **apelada**, [redacted], representado por el Procurador de los tribunales, [redacted], asistido por el Abogado [redacted], siendo el **Magistrado Ponente el** [redacted].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra, con fecha 29 de noviembre de 2.019, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que debo estimar la demanda presentada por el Procurador [redacted], en nombre y representación de [redacted], contra "ORANGE SPAGNE S.A.U", representada por el Procurador [redacted] y, en consecuencia, debo:

1°.- Declarar que "ORANGE SPAGNE S.A.U" ha cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de [redacted] por haber mantenido indebidamente sus datos registrados en el fichero "ASNEF EQUIFAX".

2°.- Condenar a "ORANGE SPAGNE S.A.U" a pagar al demandante la cantidad de 6000 euros con el interés legal desde la fecha del emplazamiento a la de esta sentencia y desde este momento el del artículo 576 de la LEC.

3°.- En el caso de que el demandante siga incluído por los hechos objeto de este litigio en el fichero aludido, "ORANGE SPAGNE S.A.U" deberá llevar a cabo las actuaciones necesarias para su exclusión.

Las costas procesales se imponen a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, 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.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta el [redacted] contra ORANGE SPAGNE S.A.U., al considerar que esta ha vulnerado el derecho al honor de aquél, mediante una intromisión ilegítima, al haber propiciado y mantenido sus datos registrados en el fichero de "morosos" ASNEF EQUIFAX, por una deuda relativa a servicios telefónicos contratados, de 134,10 euros, que realmente no eran debidos, emitiendo la demandada la correspondiente factura rectificativa el 22 de octubre de 2018.

Por esta intromisión ilegítima que ya no es cuestionada en esta alzada, se condena a la demandada a indemnizar al demandante en la cantidad de 6.000 euros para reparar el daño moral que se le ha causado, considerando además que estamos ante una estimación sustancial de la demanda aunque el demandante cuantificaba y reclamaba por el mencionado daño moral la cantidad de 12.000 euros, lo que justificaba la imposición de las costas a la demandada, atendiendo al criterio del vencimiento objetivo.

Precisamente contra estos dos pronunciamientos se alza la parte demandada mediante el recurso de apelación, entendiendo que existe un error en la valoración de la prueba e interpretación de normas jurídicas al conceder una indemnización absolutamente desmedida, así como al imponer las costas, pues entiende que la estimación de la demanda ha sido parcial, o total ni sustancial.

SEGUNDO. *La cuantía de la indemnización.*

La parte apelante sostiene que la cuantía de la indemnización es absolutamente desmedida porque de los diversos criterios utilizados para su justificación por la juez de instancia, incide en la escasa duración de la confusión, pues existió una duplicidad de facturas que solventó en pocas semanas, y de forma inmediata se procedió a la exclusión de los datos del demandante de los ficheros, por lo que solo debería responder por el periodo que transcurre de noviembre de 2017 a diciembre de 2018.

Que durante dicho plazo no fue consultado por ninguna entidad ajena al procedimiento, por lo que la difusión ha sido mínima.

Que si bien el Tribunal Supremo huye de indemnizaciones simbólicas, sin embargo ha exigido la acreditación del perjuicio.

Finalmente, alude la apelante al negocio o industria que se ha creado en torno al derecho al honor, mercantilizando –se entiende que de forma indebida- el derecho al honor.

La STS nº 237/2019, de 23 de abril, con remisión a la sentencia 261/2017, de 26 de abril, a la que remite a su vez la sentencia 604/2018, de 6 de noviembre hace una síntesis de la doctrina relevante sobre la materia:

(i) En relación al art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, señala que contiene una presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, acreditada la intromisión ilegítima. Pero además razona que: (..) *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*".

(ii) También ha afirmado la sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico.

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).

(iii) *La inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LORD, 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.

La sentencia 512/2017 , de 221 de septiembre, declara que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, 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.*".

También ha señalado el Alto Tribunal que la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que causa la inclusión en los registros de morosos. Así como que tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios.

Como razona la meritada sentencia: (..) *Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también*

los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias.

Partiendo pues de tales consideraciones, en el supuesto que nos ocupa, al menos reconoce la apelante su responsabilidad durante algo más de un año, pero como señala la sentencia de instancia, ni siquiera en la fecha del dictado de la misma (29 de noviembre de 2019) se puede tener por acreditado que los datos del demandante ya no constan en el archivo pues figuran consultas realizadas el 19 enero de 2019, de ahí que condene a la demandada a la exclusión del fichero si siguiera el registro, lo que además no ha sido recurrido.

Los datos esenciales que ha tenido en cuenta la sentencia de instancia son el tiempo de duración de la anotación en el registro, al menos algo más de un año, y el dato de que se ha llevado en un solo registro.

Hemos de partir de que no proceden indemnizaciones simbólicas, así que la intromisión ilegítima siempre produce un daño moral. Por otro lado, es razonable la valoración de la juez de instancia que, como máxima de experiencia generalizada, permite considerar que una situación como la examinada genera en el común de las personas situaciones de desasosiego, ansiedad, impotencia y vergüenza. Lo que produce una afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo.

Es evidente que la juzgadora ha utilizado correctamente los criterios de prudente arbitrio a que se remite el Tribunal Supremo para fijar la cuantía de la indemnización. El cual, no puede ser sustituido por el criterio subjetivo y parcial de los litigantes.

Tal es así que, en supuestos similares, las cuantías han variado sin que ello suponga infracción alguna de valoración. Así el Tribunal Supremo en la STS nº 237/2019, de 23 de abril, valida una indemnización de 3000 euros, pero en la STS nº 245/2019, de 25 de abril, admite una indemnización por daño moral de 10.000 euros, o la STS de 21 de junio de 2018, la indemnización se fija en 6.000 euros.

Precisamente resulta de interés alguno de los razonamientos que lleva a cabo la STS nº 245/2019, de 25 de abril, cuando señala:

3.- *La jurisprudencia, reconociendo que el daño moral constituye una "noción dificultosa", le ha dado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la*

concepción clásica del pretium doloris . Ha considerado incluidos en él las intromisiones en el honor e intimidad y los ataques al prestigio profesional, y ha sentado como situación básica para que pueda existir un daño moral indemnizable la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares.

4.- En lo que se refiere a la cuantía de la indemnización de los daños morales, hemos declarado que 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.

5.- Son elementos a tomar en consideración para fijar la indemnización el tiempo que el demandante ha permanecido incluido como moroso en el fichero, la difusión que han tenido estos datos mediante su comunicación a quienes lo han consultado, y el quebranto y la angustia producida por el proceso más o menos complicado que haya tenido que seguir el afectado para la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados.

6.- En el caso objeto del recurso, el tiempo durante el que los datos del demandante estuvieron incluidos en el registro de morosos no fue de cuatro años, como se dice en la sentencia de primera instancia, sino de algo más de tres años y dos meses, por lo que el cálculo de las consultas que pudieron hacerse a tales datos ha de ser inferior al hecho en dicha sentencia. Además, según se afirma en la propia demanda, Caixabank canceló dichos datos en cuanto tuvo conocimiento de la personación del demandante en el proceso de ejecución hipotecaria, por lo que el demandante no tuvo que soportar un proceso complicado para obtener la cancelación de tales datos. Teniendo en cuenta esos datos, que se indemniza exclusivamente el daño moral, que el demandante era un profesional en el sector en el que operan varias de las empresas que consultaron los datos, y tomando en consideración las indemnizaciones

medias que este tribunal ha fijado en otros supuestos similares, procede reducir sensiblemente la indemnización, hasta fijarla en la cantidad de 10.000 euros.

TERCERO. *Las costas de primera instancia.*

La sentencia de instancia considera que estamos ante una estimación sustancial de la demanda aunque el demandante cuantificaba y reclamaba por el mencionado daño moral la cantidad de 12.000 euros, y se le reconocen en sentencia 6.000 euros, por lo que justifica la imposición de las costas a la demandada, atendiendo al criterio del vencimiento objetivo.

Sin embargo, la parte apelante considera que la diferencia entre la indemnización concedida y la pretendida es demasiado elevada para considerar que existe una estimación sustancial.

La sentencia considera que el concepto de daño moral no está cuantificado en una norma de aplicación y depende siempre de la valoración de un conjunto de circunstancias, no todas las cuales son medibles económicamente con precisión como, por definición, sucede cuando se valora un bien jurídico inmaterial.

Respecto de la denominada indemnización por los perjuicios inmateriales o daños morales cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 establece: "*Las sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (Sentencia 22 de mayo de 1995 EDJ 1995/2454), relativa e imprecisa (sentencias de 14 de diciembre de 1996 EDJ 1996/9131 y 5 de octubre de 1998 EDJ 1998/25076). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (sentencias 9 de mayo 198, 27 de julio 1994 EDJ 1994/6288, 22 de noviembre de 1997 EDJ 1997/9815, 14 de mayo EDJ 1999/8563 y 12 de julio de 1999 EDJ 1999/13412, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del "pretium doloris" y los ataques a los derechos de la personalidad (sentencia de 19 de octubre de 1998). Cierto que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo*)..”

Precisamente, ante un concepto tan impreciso y de difícil aprehensión, salvo supuestos de una desproporción desorbitada, se ha viendo considerando que no resulta determinante para el criterio de imposición de costas la diferencia entre la cuantía reconocida y la pretendida en la demanda.

En este sentido la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de febrero de 2013 establece:

(..) *Por ello, en casos como el presente en el que se ha determinado la intromisión ilegítima y se ha otorgado una indemnización por los daños morales causados, el hecho de que la otorgada sea inferior a la solicitada, comporta que se considere que la estimación de la demanda ha sido sustancial, pues como al efecto señaló la STS de 21 de octubre de 2003 EDJ 2003/130268 , para la aplicación del principio del vencimiento objetivo ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debe excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado en su derecho. En aplicación de lo dispuesto, se estima que deben imponerse las costas de la primera instancia a la parte demandada.*

En similar sentido la SAP Alicante, de 21 de septiembre de 2012:

En la sentencia recurrida, tras analizar las circunstancias del caso y estimar justificada la trascendencia que en el ámbito social y familiar del demandante tuvo la ilegítima, por injustificada, actuación de la demandada, ponderando que la publicación duró solo cuatro meses y a falta de constancia de perjuicio patrimonial concreto derivado de la misma, fija la indemnización en 2.000 Eur. e impone las costas a la demandada, razonando, al efecto, la estimación que se efectúa de la petición subsidiaria deducida en el suplico, con cita de doctrina recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 23 de julio de 2010 EDJ 2010/193752….

…..Pero es que además, y a fin de apreciar que la demanda debe tenerse, ciertamente, por estimada en lo esencial y no solo en parte, es de considerar también, de un lado, que los fundamentos de la misma han sido acogidos en su plenitud, al tiempo que han merecido rechazo las razones de oposición de la mercantil demandada, la que además, no ha ofrecido en ningún momento otra suma o solución indemnizatoria alternativa, motivando, con ello, la necesidad del demandante de acudir a la vía judicial; y de otro, que "a priori" no estaba al alcance de éste conocer, anticipadamente y con exactitud, el criterio que en las concretas y particulares circunstancias expuestas en la demanda, adoptaría el Juzgador a quo" a la hora de valorar el perjuicio derivado de la ilícita publicación que la motiva, siendo que, en todo caso, la

indemnización de 6.000 Eur. en su día interesada ha llegado a ser, en realidad, acogida e incluso superada por esta y otras Audiencias en asuntos análogos (así en Sentencia de la Sección Quinta de la de Alicante de 7 de noviembre de 2011, en la de la Sección 4ª de la Audiencia de Las Palmas, de 9 de noviembre 2011 EDJ 2011/348085, o en la de la Audiencia de Baleares, Sección 3ª. de 15 de septiembre de 2011 EDJ 2011/220855, por citar algunas), cuyos antecedentes y en cuanto evidencian las dificultades de aplicación automática en el supuesto que se revisa de los rigores del principio del vencimiento a la hora de pronunciarse sobre las costas del proceso, llevan a la Sala a compartir la acertada resolución al respecto adoptada por el Juzgador de la primera instancia.

Es por ello que debe mantenerse también el pronunciamiento sobre costas en el sentido razonado por la sentencia de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ORANGE SPAGNE S.A.U., contra la sentencia dictada el día 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Pontevedra en el juicio ordinario nº 790/2018, confirmándose en su integridad, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 09/06/2020 12:02

Mensaje

IdLexNet	202010336521487	
Asunto	Comunicacion del Acontecimiento 24: RESOLUCION 00316/2020 Est.Resol:Publicada	
Remitente	**Órgano**	AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 1 de Pontevedra, Pontevedra [3603837001]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL [3603837000]
Destinatarios	PAZ MONTERO, JOSE [27]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Santiago de Compostela
	SANJUAN FERNANDEZ, PEDRO [67]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra
Fecha-hora envío	09/06/2020 11:51:37	
Documentos	36038370010000002427202036038370011 2.PDF(Principal)	Descripción: Comunicacion del Acontecimiento 24: RESOLUCION 00316/2020 Est.Resol:Publicada Hash del Documento: 0123f776c2f530e82c8415e4ee93324f7ceeb238
Datos del mensaje	**Procedimiento destino**	RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 0000164/2020
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	3603842120180004062

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
09/06/2020 11:52:44	Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra (Pontevedra)	LO REPARTE A	PAZ MONTERO, JOSE [27]-Ilustre Colegio de Procuradores de Santiago de Compostela

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.