ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA
GIJON

SENTENCIA: 00477/2021

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS
SECCIÓN SÉPTIMA

Modelo: N10250
PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2°. 33207 GIJÓN

-

Teléfono: 985176944-45 **Fax:** 985176940
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MLG

N.I.G. 33024 42 1 2020 0011219
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000581 /2021
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de GIJON
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000988 /2020

Recurrente: [redacted]
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]
Recurrido: VODAFONE SERVICIOS S.L.
Procurador: [redacted]
Abogado:

SENTENCIA Nº 477/21

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

[redacted]

En GIJON, a uno de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000988 /2020, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000581 /2021, en los que aparece como parte apelante, [redacted], representado por el Procurador de los tribunales, [redacted] asistido por el Abogado [redacted], y como parte apelada, VODAFONE SERVICIOS S.L.,

PRINCIPADO DE ASTURIAS

representado por el Procurador de los tribunales, [redacted], asistido por el Abogado [redacted], y MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 26 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora [redacted], en nombre y representación de [redacted], frente a VODAFONE SERVICIOS, S.L., representado por la procuradora [redacted], a) Declaro que la demandada ha atentado contra los derechos fundamentales al honor, propia imagen y protección de datos de carácter personal de la actora por su inclusión en el fichero Asnef –Equifax y Experian.

b) Declaro que la demandada está obligada a resarcir a la actora por la lesión a sus derechos fundamentales al honor, propia imagen y protección de datos de carácter personal.

c) Condeno a la demandada a indemnizar a la actora en la suma de **mil euros (1.000 euros)** en concepto de daños morales, más intereses legales desde la interpelación judicial.

d) Condeno a la demandada Vodafone SAU a ejecutar cuantos actos y comunicaciones sean necesarios para la cancelación y exclusión de los datos de la actora en los ficheros de solvencia patrimonial, que aún puedan permanecer incluidos, en los mismos, así como a abstenerse de realizar en el futuro cualesquiera actos de intromisión ilegítima en el honor de la demandante.

-No procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en la litis.”.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de [redacted], se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 30 de Noviembre de 2021.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado [redacted].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Gijón, estimó parcialmente la demanda formulada por la representación de [redacted] y condenó a la demandada Vodafone Servicios, SL, al pago de la cantidad de 1.000 euros como resarcimiento del daño moral que se estimó que se había ocasionado a la demandante, con ocasión de su inclusión en un fichero de solvencia patrimonial, al considerase que con ello incurrió un supuesto del art. 7 nº 7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a Intimidad Personal y a la Propia Imagen, siendo esta decisión la que es objeto de apelación por la parte demandada..

SEGUNDO.- Entrando en la problemática referida a la cuantía de la indemnización, a la que aluden la apelación y la

impugnación, hemos señalado en sentencias de esta Sala de 2 de diciembre de 2019, 9 de enero y,16 de diciembre de 2020, que, " para el cálculo de esta indemnización la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido los criterios aplicables para fijar la indemnización por la intromisión ilegítima en el derecho al honor causada por la inclusión indebida de los datos personales en un registro de morosos (fundamentalmente en la STS de 18 de febrero de 2015, y ratificado en la STS 16 de febrero de 2016 y en las recientes Sentencias de 26 de abril y 21 de septiembre de 2017) señalando en primer término que el perjuicio indemnizable ha de incluir tanto el daño patrimonial concreto como los daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios y los derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión y también debe resarcir el daño moral, entendido como aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como es en este caso la dignidad. Así en la citadas STS de 26 de abril y 21 de septiembre de 2017 -que precisamente casan las dictadas por la Sección 1ª de esta Audiencia en la que se reducía el importe de la indemnización- resume los criterios marcados por dicho Tribunal al objeto de valorar el daño moral señala que debe tenerse en cuenta:

- con carácter general en los casos de vulneración del derecho fundamental al honor, han de aplicarse las previsiones de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a

la Propia Imagen (EDL 1982/9072) que establece es su art. 9.3 una presunción "iuris et de iure", de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor (STS de 5 junio de 2014), y asimismo que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico (STS de 11 de diciembre de 2011 o 4 de diciembre de 2014).

Como criterios concretos, en los casos de inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD será indemnizable:

- la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo,

- la afectación a la dignidad en su aspecto externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas, y que como señala la STS de 18 de febrero de 2015, debe 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, así como el tiempo de permanencia,

- 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,

- asimismo, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que causa la inclusión en los registros de morosos.

Para evaluar pues lo concedido en la instancia, debemos poner de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la STS de 23 de abril de 2019) señala que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso, así con cita de la STS de 21 de septiembre de 2017, que establece que "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." Y concluye indemnizando en la cantidad 6.000 euros, (inferior a la que ahora se solicita) ya el actor ha estado incluido en un fichero de solvencia de forma durante más de ocho meses –la STS de 21 de septiembre de 2017 considera un periodo de tiempo considerable la permanencia en dos ficheros durante nueve y seis meses-, así como un importante número de consultas y por muy diversas entidades que acudieron al fichero siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo en otros supuestos similares. Al propio tiempo la sentencia rollo 686/2019 de 24-1-2020 declara: Teniendo en cuenta que un periodo de 9 meses ya es de larga duración (sentencia del TS 21 de septiembre de 2017) e incluidos los datos en dos ficheros en uno de los cuales figuran tres consultas por dos entidades (del otro no hay datos), la demanda debe ser íntegramente acogida, y concede 10.000 euros, considerando que

se acomoda con la que esta sala y el TS en dicha sentencia y otras, como la de 25 de abril 2019 o de 23 de marzo 2018, reconocen".

TERCERO.- En el supuesto de autos la sentencia parte del hecho de que la actora fue incluida en un fichero de morosidad por un periodo de 2 meses y 8 días y durante este periodo no ha sido consultado por ninguna entidad; en el hecho de que no se ha acreditado perjuicio alguno en su condición como empresario, a la cuantía de la deuda presuntamente existente, 603,31 euros, y el hecho de que no ha sido consultado el fichero por ninguna entidad.

La Sala estima que en el supuesto de autos la indemnización señalada no se acoge a los parámetros mencionados. En primer lugar debe advertirse que la lesión en este caso del derecho al honor del actor se produce en el supuesto de autos, por el incumplimiento de varios requisitos.

Así, la sentencia constata que estamos ante una infracción del principio de calidad de datos, al incluir en los ficheros datos personales del apelante que responde a un crédito dudoso y manifiestamente controvertido por él. Baste señalar al respecto que la propia sentencia señala que la demandante suscribió un contrato en julio de 2018, con la entidad demandada, sobre el paquete ONE Profesional 600MB+; que con fecha 30 de octubre de 2020 al 8 de enero de 2021, por indicación de la entidad Vodafone SAU, se incluye en el fichero Equifax sobre incumplimiento de obligaciones, una deuda imputada a la demandante por importe de 603,31 euros; que en el momento de la inclusión de la deuda en el fichero de morosidad, cuando menos existía una duda acerca de la certeza de la cuantía de la deuda, "puesto que como documentos nº 3 al

nº 10 de la demanda se aportan las reclamaciones efectuadas por el demandante consecuencia del contrato del que se derivó la inclusión en el fichero de morosidad y que las facturas y documentos relativos a la deuda fueron reclamados por el actor sin que la entidad demandada los aportara, siendo así que incluso en la presente Litis, tras la aportación de los documentos, la actora sigue cuestionando las facturas emitidas de adverso. Así la demandante expone que el contrato tenía un coste fijo por importe de 85,53 euros mensuales, no correspondiendo los servicios facturados por la demandada con el contrato firmado por las partes, por lo que la deuda es objeto de discusión".

Además, la inclusión se realiza, no en uno, sino en dos ficheros, y ello se hace sin requerimiento previo, todo lo cual denota un uso torticero por parte de la demandada de los indicados ficheros, con una finalidad eminentemente coactiva, conculcándose por ello, con la indemnización establecida la propia doctrina del Tribunal Supremo cuando señala (así la STS de 23 de abril de 2019) que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso, así con cita de la STS de 21 de septiembre de 2017, que establece que "*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.*"

Como se ha indicado la inclusión se realiza en dos ficheros. En el denominado Asnef, los datos fueron dados de alta el 30 de septiembre de 2020, siendo visibles a partir del día 30 de octubre de ese año, y dada la baja a instancias de Vodafone el 8 de enero de 2021. Debe indicarse que consta que el actor tuvo que, además de solicitar información previa al gestor de dicho fichero, contratar, conocido el hecho de su inclusión en el mismo, los servicios de la entidad Gestión de Reclamaciones Judiciales, SL, quien con fecha 20 de octubre de 2020 advierte de la correcta inclusión de sus datos en el fichero, pese a lo cual los mismos se hacen visibles a terceros a instancias de la propia apelada a partir del mentado día 30, existiendo una segunda gestión por parte de dicha entidad, mediante comunicación remitida el 2 de noviembre de 2020, instando a la cancelación del dato a la demandada. A ello, no solo se le hace caso omiso, sino que incluso, la apelada procede a la inclusión del dato en otro fichero, el denominado Badexcug con fecha 29 de noviembre de 2020. Es decir, no solamente el demandante ha tenido que acudir a gestiones extrajudiciales para lograr la cancelación de los datos, sino que, incluso los mismos no resultan atendidos, pese a que se habían conculcados las exigencias legales para la correcta inclusión, e incrementa de este modo la coacción sobre el demandante, que solo desaparece a raíz de la presentación de la demanda a principios del mes de diciembre del pasado año, al dar de baja el dato en el fichero Asnef.

En cierto que el periodo de tiempo durante el cual el dato está visible en el denominado fichero Asnef, no es excesivo, y que tampoco constan consultas de terceras entidades, por lo que en este sentido el daño moral en su dimensión externa no se ve seriamente afectado, más allá de la exposición del dato

a los propios empleados del fichero, mas con independencia de lo que no consta en la cancelación de los mismos en el otro fichero, por lo que no cabe presumir, como pretende la apelada la cancelación en la misma fecha, sino todo lo contrario, la falta de cancelación del mismo, lo cierto es que las circunstancias del caso, justifican a juicio de la Sala la indemnización de 6.000 euros interesada en la demanda. Y es que, como repetidamente hemos señalado, la actuación de la demandada obedece a un uso torticero de dichos recurso, con una afán coactivo, que no solo provoca una lesión en su dimensión interna del demandante, sino razonablemente una situación de angustia, desasosiego e impotencia, que le obligan a realizar gestiones extrajudiciales (cuya valoración omite la sentencia de la instancia), para que cese dicha actuación, que resultan ineficaces, y que solo lo logra tras la presentación de la demanda, aunque, aparentemente, de forma parcial, pues como se ha expuesto no consta la cancelación en el segundo de los ficheros.

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto determina la estimación del recurso, y con ello la integra estimación de la demanda, que supone, igualmente, la condena de la demandada al pago de las costas causadas en la instancia por mor del art. 394 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- La estimación del recurso de apelación, determina que no se haga expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por razón del mismo (art 398 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

LA SALA ACUERDA:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de [redacted] contra la sentencia de veintiséis de mayo de dos mil veintiuno dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Gijón en autos de juicio ordinario nº 988/2020, la cual se revoca en el único sentido de fijar como indemnización que la demandada Vodafone Servicios, SL deberá abonar al demandante la cantidad de 6.000 euros, cantidad que devengará los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición demanda y los previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con respecto a la cantidad de 1.000 euros desde la fecha de dicha sentencia, y en cuanto al resto desde la fecha de esta resolución, con imposición a la demandada de costas causadas en la instancia, y sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por razón de la presente apelación formulada

Así, por esta 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.