ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
BADAJOZ

SENTENCIA: 00966/2021

Modelo: N10250
AVDA. COLÓN Nº 8, 2ª PLANTA

-

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275
Correo electrónico: audiencia.s2.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: MDB

N.I.G. 06015 42 1 2020 0004880
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001005 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A INSTANCIA N. 6 de BADAJOZ
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000912 /2020

Recurrente: ORANGE ESPAGNE SAU, MINISTERIO FISCAL
Procurador: [redacted],
Abogado: [redacted],
Recurrido: [redacted]
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]

S E N T E N C I A Nº 966/2021

ILMOS. SRES……. /
PRESIDENTE:
[redacted] **(PONENTE)**
MAGISTRADOS:
[redacted]
[redacted]
==========
Recurso civil número 1005/2021.

Procedimiento ordinario 912/2020.
Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Badajoz.
==========

En la ciudad de Badajoz, a nueve de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento ordinario 912/2020 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Badajoz; siendo parte apelante, "Orange Espagne, SAU" (en adelante, Orange), representada por la procuradora doña [redacted] y defendida por el letrado don [redacted]; apelado, don [redacted], representado por la procuradora [redacted] y defendido por la letrada [redacted]; y siendo parte también el Ministerio Fiscal.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Badajoz, con fecha 20 de mayo de 2021, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

<< Estimo la demanda interpuesta por la procuradora [redacted], en representación de [redacted], frente a Orange España, S.A.U, representada por [redacted]. Declaro que la demandada ha cometido intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor. La demandada abonará al actor la suma de 20.000 euros en concepto de indemnización, más intereses legales y las costas de este procedimiento>>.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Orange.

TERCERO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. [redacted] se opuso al recurso y el Ministerio Fiscal se adhirió en parte. Tras ello, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo el día 1 de diciembre de 2021, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el art. 465 LEC.

Ha sido ponente el magistrado [redacted].

F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

PRIMERO. Objeto del recurso.

La sentencia de instancia ha condenado a Orange por intromisión ilegítima en el honor del actor. La demandada recurre dicha decisión sobre la base de la existencia de una

deuda cierta. Con carácter subsidiario pide la moderación de la indemnización.

SEGUNDO. Resumen de los hechos relevantes.

Como se desprende de las pruebas practicadas, constan probados los siguientes hechos:

i) Sobre los años 2009 y 2015 se realizaron diversas contrataciones de distintas líneas telefónicas entre Orange y [redacted].

ii) Aparentemente, la identidad de [redacted] fue suplantada en esas contrataciones por tres personas distintas, una de ellas su propio padre.

iii) En determinado momento, Orange facturó una deuda de 1116,66 euros, que no fue abonada.

iv) El 11 de septiembre de 2015 Orange comunicó al fichero Equifax la existencia de una deuda de 1.303,31 euros a cargo de don Jorge.

v) Orange, por medio de la empresa Servinform y para anunciar su inclusión en el registro de morosos, dirigió una carta a nombre de [redacted] a la [redacted]. Dicha misiva se llevó a cabo mediante el procedimiento de envío de comunicación masiva y no hay constancia de su efectiva recepción.

vi) En 2018 y respecto de las contrataciones con Orange, [redacted] denunció penalmente que una o varias

personas habían utilizado sus datos sin su consentimiento. El 3 de junio de 2018 solicitó a Equifax que le informara de los datos que estaban incluidos en el fichero. Además, presentó una reclamación ante la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información al constatar que una tercera persona había utilizado sus datos sin su consentimiento para contratar. Asimismo, formuló una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, que finalizó con una sanción a Orange de 80.000 euros, la cual está recurrida.

vii) A raíz de la aparente suplantación de identidad, se siguen cuatro procedimientos penales, pero [redacted] no figura como investigado en ninguno de ellos.

viii) El fichero tuvo un total de 47 consultas por 16 entidades.

ix) El 13 de octubre de 2020 fue dada de baja en el fichero Equifax la supuesta deuda de [redacted] frente a Orange.

TERCERO. Primer motivo del recurso: existencia de prejudicialidad penal.

Orange pide la revocación de la sentencia de instancia.

En primer lugar, solicita la suspensión de este proceso hasta tanto no lleguen a su fin los distintos procedimientos penales que se siguen por las contrataciones supuestamente fraudulentas.

Alega que el demandante, su hermano [redacted], (padre de ambos) y [redacted] (pareja de este último) se encuentran inmersos en diferentes procedimientos judiciales de índole penal, civil y contencioso-administrativo que tienen un denominador común: la contratación fraudulenta de una serie de servicios de telecomunicaciones que ha generado a la hoy recurrente diversas y cuantiosas deudas dinerarias. Orange relaciona las distintas causas penales que están abiertas.

El apelado [redacted] replica que, en ninguna de esos procedimientos penales, tiene la condición de investigado.

El Ministerio Fiscal rechaza la cuestión prejudicial penal porque no se ha presentado denuncia o querella contra el actor por los hechos objeto del presente procedimiento, ni menos por alterar alguna realidad documental.

Este primer motivo debe desestimarse.

La suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal es de carácter excepcional.

El art. 40.2 LEC solo permite la suspensión cuando concurran los requisitos siguientes: i) que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil; y ii) que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En este supuesto, las actuaciones penales no son determinantes para la resolución del actual procedimiento. Y no lo son porque, aunque Orange hable de una actividad delictiva del entramado familiar, lo cierto es que, al día de hoy, no ha presentado querella, ni denuncia alguna contra don [redacted]. Es más, los propios de actos de la compañía telefónica vienen a avalar la versión del recurrido. Así, las diligencias previas 347/2020 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sant Feliú de Llobregat es consecuencia de la presentación de una denuncia por parte de Orange contra [redacted], que es una de las personas a quien [redacted] atribuye la suplantación de su identidad.

En fin, no bastan las simples suposiciones ni los interesados juicios de valor para la suspensión de un procedimiento civil. Si no hay un procedimiento penal con influencia decisiva en el pleito civil la suspensión está fuera de lugar.

CUARTO. Segundo motivo: caducidad de la acción.

Orange alega que la acción ejercitada por el actor está caducada. Recuerda que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducan transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas. Caducidad cuyo comienzo hace coincidir con el 31 de diciembre de 2015, fecha de la inclusión en el registro.

De contrario se responde que el *dies a quo* de la acción es el momento de la exclusión, debido a que es un daño continuado en el tiempo, algo que no cesa hasta la exclusión de los datos.

El Ministerio Fiscal también se opone a la vista de la fecha de exclusión del actor en el fichero (13/10/2020).

La acción no está caducada.

Como bien recoge la juez de instancia, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad es la cancelación de los datos del afectado en tal fichero. Sobra, por ocioso, mayor comentario.

QUINTO. Motivo tercero: error en la valoración de la prueba del cumplimiento de los requisitos legales: inexistencia de la vulneración del derecho al honor.

Para la sociedad apelante es incuestionable que la deuda inscrita resulta veraz y, por ende, líquida, vencida y exigible. Argumenta que ha podido existir una posible connivencia en las sistemáticas altas fraudulentas de sus servicios que han resultado impagados a día de la fecha.

El señor [redacted] manifiesta que nunca fue moroso y que puso en su conocimiento la suplantación de identidad.

El motivo se rechaza.

Las pruebas documentales aportadas por el demandante avalan siquiera con carácter indiciario que se suplantó su identidad. Hasta la propia recurrente, con sus actos, evidencia tal realidad cuando denuncia por la vía penal a terceras personas.

Es verdad que, en general, en materia de responsabilidad civil, no suele existir reproche jurídico en aquellos casos en que el daño es consecuencia de una actividad criminal realizada por un tercero. Es el tema del nexo causal, de las teorías de la causalidad adecuada y de la imputación objetiva.

Ahora bien, en el marco de una actividad comercial como la desplegada por Orange, el riesgo de una posible suplantación de identidad debe ser soportada, en general, por el empresario, no por el cliente suplantado, que no tiene conocimiento, ni culpa de nada.

En nuestra sentencia 186/2015, de 16 de julio, para un supuesto de hecho parecido, ya dijimos que si Orange se beneficia de un sistema moderno y ágil de contratación a distancia, igualmente ha de cerciorarse con la debida diligencia de la real identidad de las personas con las que contrata; debiendo asumir los riesgos de una posible suplantación.

En ocasiones, esta regla se ha mitigado cuando, de un modo u otro, por negligencia o desidia, el cliente suplantado ha podido coadyuvar a tal suplantación. No es aquí el caso, pues nada se ha probado al respecto.

En semejante contexto, esto es, no constando la culpa de [redacted], cuando finalmente Orange decide incluirle en el registro de morosos se produjo una intromisión ilegítima en su honor, pues ni había contratado nada con ella, ni por ende podía estar en deuda con ella.

SEXTO. Último motivo: error en la valoración de la prueba: sobre la cuantía de la indemnización concedida en primera instancia.

Orange, finalmente, combate la indemnización concedida, que considera excesiva y desproporcionada. Señala que no se prueba el daño moral y que el propio Ministerio Fiscal propugnó una indemnización de 1.000 euros.

A este motivo se adhiere el Ministerio Fiscal, considera ajustada y proporcional la cuantía de 1.000 euros.

En cambio, como podía esperarse, el afectado se opone. De entrada, hace valer sentencias del Tribunal Supremo, que para inclusiones indebidas sin especial gravedad viene aceptando cuantías de entre 10.000 y 12.000 euros. La gravedad, en este caso, la funda en las siguientes circunstancias: i) la escasa diligencia empleada por la demandada al contratar servicios a nombre del actor; ii) la inclusión de los datos durante 5 años; iii) las numerosas consultas al fichero por entidades financieras y aseguradoras, concretamente 47 consultas por 16 entidades; y iv) la complejidad de todos los procedimientos soportados para conseguir la cancelación.

Este motivo se estima en parte.

Como señala la jurisprudencia, la inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos legales es indemnizable. En primer lugar, por la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo y, además, en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para valorar este segundo aspecto ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal

dato, pues no es lo mismo que solo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos, a que el dato haya sido consultado por un número mayor o menor de los asociados al registro de morosos.

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

La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, 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. 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.

Como es obvio, es materia muy casuística. No hay criterios verdaderamente objetivos y uniformes.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 512/2017, de 21 de septiembre, declaró simbólica una indemnización de 1.500 euros. Igualmente, lo ha hecho la sentencia del Tribunal Supremo 699/2021, de 14 de octubre, en el caso de una indemnización de 2.000 euros. Sin embargo, la sentencia 604/2018, de 6 de noviembre, dio por buena una indemnización de 1.000 euros.

Son muy frecuentes las indemnizaciones de 3.000 euros, entre otras, confirman tal importe las sentencias del Tribunal Supremo 672/2020, de 11 de diciembre; 130/2020, de 27 de febrero; 273/2019, de 23 de abril; 115/2019, de 20 de febrero y 613/2018, de 7 de noviembre.

En el presente caso, el periodo de permanencia ilícito ha sido largo. Además, en ese tiempo constan bastantes consultas. Ahora bien, [redacted] no ha probado que la citada inclusión le haya impedido acceder a créditos o servicios. Y la compañía telefónica, aunque se insinúe lo contrario, no ha obrado con mala fe, pues sufrió el engaño de un tercero, quien se hizo pasar por otra persona. Es verdad que ha habido una falta de diligencia en el proceso de identificación, pero, a la postre, Orange ha sido también víctima de una actividad delictiva.

En casos parecidos se han dado por buenas indemnizaciones de 3.000 euros (por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 237/2019, de 23 de abril). Viendo las singulares

circunstancias del caso, por los posibles hechos delictivos de terceras personas que vienen a ser corresponsables de la intromisión, nos parece justo y proporcionado fijar la actual indemnización en 3.000 euros.

Agotados con este todos los motivos del recurso, la sentencia de instancia debe revocarse en los términos expuestos.

SÉPTIMO. Costas y depósito.

De conformidad con el art. 398 LEC, estimado en parte el recurso, no se imponen las costas de esta alzada. Otro tanto ha de ocurrir con las costas de primera instancia dado el simple vencimiento parcial (art. 394). Asimismo, ordenamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

F A L L O

Primero. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por "Orange Espagne, SAU" contra la sentencia de 20 de mayo de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia

número 6 de Badajoz en el procedimiento ordinario 912/2020 y modificamos dicha resolución para fijar la indemnización en la cantidad de tres mil euros (3.000).

Segundo. No se imponen las costas en primera y segunda instancia y ordenamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, 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.