ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
LUGO

Modelo: N10250
PLAZA AVILÉS S/N

-

Teléfono: 982294855 **Fax:** 982294834
Correo electrónico:

Equipo/usuario: DB

N.I.G. 27028 42 1 2018 0005826
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000892 /2021
Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de LUGO
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000975 /2018

Recurrente: ORANGE ESPAGNE S.A.U.
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]
Recurrido: MINISTERIO FISCAL, [redacted]
Procurador: , [redacted]
Abogado: , [redacted]

S E N T E N C I A Nº 36/2.022

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:
[redacted]

En LUGO, a diecisiete de enero de dos mil veintidós.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000975 /2018**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de LUGO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000892/2021**, en los que aparece como parte apelante, **ORANGE ESPAGNE S.A.U.**, representada por la Procuradora de los tribunales, [redacted], asistida por el Abogado [redacted], y como parte apelada, [redacted], representado por el Procurador de los tribunales, [redacted], asistido por la Abogada [redacted], con la

[redacted]

intervención del **MINISTERIO FISCAL,** sobre vulneración del derecho al honor, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. [redacted].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de LUGO, se dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2.021, en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador [redacted] en representación de [redacted] contra ORANGE ESPAGNE S.A.U, declaro que la mercantil ORANGE ESPAGNE S.A.U, ha cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante, [redacted] al mantener sus datos indebidamente registrados en el fichero de morosos ASNEF EQUIFAX, desde el 17 de mayo de 2013 hasta el 5 de marzo de 2016, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante la cantidad de 5.000 euros incrementada con los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, en concepto de daños morales derivados de su inclusión en el fichero de morosos ASNEF EQUIFAX. Con imposición de costas a la demandada", que ha sido recurrido por la parte ORANGE ESPAGNE S.A.U.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 12 de enero de 2.022 a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no contradigan lo que a continuación se expone:

PRIMERO.- En la demanda rectora de este procedimiento la representación procesal de [redacted] ejercita acción por vulneración del derecho al honor frente a la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U..

[redacted]

Por la representación procesal de la demandada se presenta escrito de oposición interesando la desestimación de la demanda.

La sentencia de instancia estima la demanda.

SEGUNDO.- Se alza en apelación la representación procesal de la demandada alegando el error en la valoración de a prueba cometido por la juzgadora de instancia al entender cumplidos los requisitos previstos en el artículo 20 de la LOPGDD así como sobre la indemnización concedida.

Por la representación del demandante se formuló oposición al recurso formulado de contrario interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Siendo el error en la valoración de la prueba el motivo alegado por la recurrente y, con ello, el objeto de análisis en esta segunda instancia, habrá que analizar si dicha valoración se ha realizado acertadamente, no apartándose de las reglas de la sana crítica, ni llegando a conclusiones absurdas, pero dejando claro, como establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de octubre de 1997: no puede sustituirse la valoración que el Juzgador "a quo" hizo de toda la prueba practicada, por la que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al Juez "a quo" y no a las partes.

En ese sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 de abril de 2016: "Cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" sobre la base de la actividad desarrollada en el acto del juicio, debe partirse, en principio, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el acto solemne del juicio en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad, pudiendo la Juzgadora desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse de las partes y los testigos en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia, exigencia que no se cumple ni siquiera con el visionado del soporte informático del acta, pues, como ya hemos dicho, no tiene la posibilidad de intervenir que posee el Juez "a quo". De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal

[redacted]

proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990, 4 de diciembre de 1992 y 3 de octubre de 1994, entre otras), únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada."

Sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos efectuados por el unipersonal de primer grado, habida cuenta que esa valoración probatoria tiene los propios límites que imponen la lógica y la racionalidad. De ahí que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1994, de 11 de abril, expresara como el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium", de lo que cabe colegir que el deber del tribunal de apelación de comprobar si pese a las facultades del órgano judicial "a quo" para la apreciación conjunta de la prueba, se incurrió por el mismo, para la obtención de sus resultados, en falta de lógica o se omitió todo género de consideraciones sobre los elementos probatorios obrantes en las actuaciones, pues de ser así, el órgano judicial de segunda instancia vendría obligado a corregir el indebido proceder del de instancia.

Así, y con carácter previo, reitera el apelante su falta de legitimación al haber cedido el crédito a su favor y, en consecuencia, no haber instado la anotación en el registro que se denuncia. Tal cuestión fue abordada en la audiencia previa tal y como recoge la juzgadora de instancia en el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución recurrida y es que desde el 17 de mayo de 2013 hasta el 5 de marzo de 2016, en que se subrogó en la deuda Altaia Capital, es la demandada quien ostenta la legitimación pasiva. Careciendo de relevancia las alegaciones de que no pueden proceder a instar la retirada del registro al no ser los titulares ya que tal cuestión no ha sido objeto de condena.

Por lo que se refiere a la concurrencia de los requisitos para considerar procedente la inclusión en el fichero establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de marzo de 2016 que los datos deber ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados, recordando que el art. 29.4 LOPD establece que sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos y continúa estableciendo "los datos que se incluyan en estos registros de morosos han de ser ciertos y exactos, además "los datos objeto de tratamiento, aparte de que deben ser auténticos, exactos, veraces, deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud, y en cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza".

Tras el visionado de la grabación del acto del juicio y el análisis de la documental obrante entendemos que nos encontramos ante, cuando menos, una deuda "no pacífica" y es que la misma surge como consecuencia de las deficiencias que sufre en el servicio contratado el demandante y que, tras múltiples quejas, acaba solicitando la baja del servicio, remitiendo burofax a la empresa de telefonía en el que explica los motivos de la misma. Así, se incumple el primero de los requisitos para la inclusión en el fichero.

Respecto al requisito del requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento no se acredita y es que el mero envío postal (que se reconoce en la documental remitida por Equifax) no acredita la recepción del mismo (en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo 672/2020, de 11 de diciembre o de 27 de febrero de 2020). Siguiendo tal criterio es necesario que podamos presumir la existencia misma del requerimiento, bien porque el cliente tuviera plena certeza de la deuda y la inclusión en el fichero no fuera sorpresiva, bien porque existan indicios de su efectiva recepción que aquí no concurren.

[redacted]

Por lo expuesto comparte la Sala la argumentación de la resolución recurrida que en lo referente al primer motivo de apelación confirmamos.

CUARTO.- Discrepa también la apelante de la cantidad fijada en concepto de indemnización ya que por el demandante no se prueba perjuicio alguno.

Es el artículo 19.1 de la LOPDCP el que establece que "los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados".

Sobre ello se pronuncia el Tribunal Supremo es su Sentencia de 22 de diciembre de 2015 al establecer que "La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido el derecho de los afectados a ser indemnizados por los daños morales y materiales que hayan sufrido como consecuencia de la indebida inclusión de sus datos personales en un registro de morosos y la vulneración del derecho al honor que tal inclusión haya provocado."

Cierto es que se incluyó al demandante indebidamente en el registro de morosos y, en consecuencia, procede indemnizarle, pero para la cuantificación de la misma hemos de tener en cuenta que no se ha acreditado daño material alguno, más allá de las manifestaciones de que le ha sido denegada alguna tarjeta de crédito no habiéndose probado las consultas al registro. El Tribunal Supremo ha ido moderando las indemnizaciones con el tiempo, así en su Sentencia de 21 de septiembre de 2017 declaraba simbólica una indemnización de 1500 euros para en su Sentencia de 6 de noviembre de 2018 fijarla en 1000 euros.

Ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2019 en que se fija una indemnización de 3000 euros en un supuesto en el que el demandante figuró cuatro años en el fichero y habiéndose acreditado la existencia de consultas entendemos debe rebajarse la cuantía acordada en instancia fijándola en 2500 euros.

QUINTO.- En aplicación de los dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimarse

[redacted]

parcialmente el recurso no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Se estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE S.A.U. contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de los de Lugo y, en consecuencia, condenamos a la apelante a abonar al demandante la cantidad de 2500 euros, manteniendo invariable el resto de pronunciamientos. No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J, si se hubiese constituido.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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.

[redacted]