ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7
VIGO

SENTENCIA: 00098/2022

-

C/ LALÍN Nº 4 - 4ª PLANTA CIF S3601002C
Teléfono: 986817493-4, Fax: 986817496
Correo electrónico: instancia7.vigo@xustiza.gal

Equipo/usuario: MC
Modelo: N04390

N.I.G.: 36057 42 1 2020 0010079
OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000753 /2020-N
Procedimiento origen: /
Sobre OTRAS MATERIAS
DEMANDANTE [redacted]
Procurador/a [redacted]
Abogado/a [redacted]
DEMANDADO D/ña. ORANGE ESPAGNE S.A.U.(JAZZTEL)
Procurador/a [redacted]
Abogado/a [redacted]

S E N T E N C I A

Vigo, 8 de abril de 2022.

Vistos por mí, [redacted], Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº7 de Vigo, los presentes Autos de JUICIO ORDINARIO nº753/20 sobre DERECHO AL HONOR promovidos por [redacted], representada por la procuradora de los tribunales [redacted] y asistida por [redacted], contra la mercantil ORANGE ESPAÑA SAU (JAZZTEL), representada por el procurador de los tribunales [redacted] y asistida por [redacted], en virtud de las facultades que me han sido conferidas por la Constitución, dicto la siguiente sentencia sobre la base del borrador de la jueza en prácticas [redacted].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador instante en la citada representación, presentó demanda de juicio ordinario contra el arriba citado y alegando los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por

[redacted]

convenientes, terminaba suplicando se dictase sentencia de conformidad con el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite se dio traslado a la parte demandada así como al Ministerio Fiscal, contestando ambas a la demanda dentro del plazo.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la Ley el 15 de septiembre 2021 llegado que fue el día señalado comparecieron ambas partes y el Ministerio Fiscal. Exhortadas aquellas para que llegaran a un acuerdo no se logró afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación realizando las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Habiéndose solicitado más documental como prueba se remitieron sendos oficios que fueron contestados. Tras ello se remitieron a las partes quienes realizaron conclusiones por escrito no practicándose vista al ser la documental la única prueba admitida.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Legitimación pasiva.

Ha de resolverse, en primer lugar, sobre la posible falta de legitimación pasiva alegada por la demandada en su contestación a la demanda. El fundamento para tal pretensión es que en el momento en que la demanda se contesta ORANGE ha cedido el crédito que tiene contra la actora a una tercera empresa por lo que ha quedado desligada de cualquier reclamación que pueda efectuarse en relación con dicha deuda debiendo la actora dirigirse frente a la nueva entidad acreedora.

Pero, no puede admitirse esta postura. Conviene tener presente el proceso ante el que nos encontramos. Es un proceso relativo al derecho al honor por lo que ha de estarse al hecho de si ha existido tal vulneración o no. Lo relevante no es la deuda ya que no estamos ante un procedimiento declarativo de reclamación de cantidad sino, si ha existido la vulneración del derecho al honor de [redacted] con la inclusión de esta en el fichero ASNEF. Por ello, para determinar la legitimación pasiva es irrelevante quién ostenta en la actualidad la

[redacted]

titularidad del derecho de crédito frente a [redacted] [redacted] siendo lo determinante si quien dio la orden de incluirla en el ya mencionado fichero lo hizo conforme a la normativa. Y toda vez que ha quedado acreditado por documento emitido por EQUIFAX y aportado a autos que la inclusión en el fichero Asnef se realiza a instancia de JAZZTEL es esta compañía la que se encuentra legitimada pasivamente, actualmente, ORANGE ESPAGNE SAU (JAZZTEL) por fusión admitida por la propia parte demandada en su contestación a la demanda subrogándose en todos los derechos y obligaciones de JAZZTEL.

SEGUNDO.- Vulneración del derecho al honor. Inclusión en el fichero Asnef cumpliendo los requisitos.

No es hecho controvertido que la inclusión de la actora en el fichero Asnef haciéndolo de forma contraria a la normativa supondría una vulneración del derecho al honor. Así, la STS del Pleno de la Sala Civil núm. 284/2009, de 24 de abril, establece "Esta Sala, en pleno, ha mantenido la posición de entender que la inclusión, faltando a la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial -los llamados "registros de morosos"- implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro, erróneamente. […].

Atendiendo a la definición doctrinal, al texto legal y al doble aspecto del honor, la inclusión de una persona en el llamado "registro de morosos", esta Sala en pleno, ha resuelto como doctrina jurisprudencial que, como principio, la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concurra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación.

Efectivamente, tal persona, ciudadano particular o profesionalmente comerciante, se ve incluido en dicho registro, lo cual le afecta directamente a su dignidad, interna o subjetivamente e igualmente le alcanza, externa u objetivamente en la consideración de los demás, ya que se trata de un imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo. Y es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la

[redacted]

negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982 ."

Toda vez que la inclusión en el fichero se produce, tal y como consta en documento emitido por EQUIFAX, el 16 de febrero de 2017 -documento que no ha sido impugnado por ninguna de las partes- se toma como tal la fecha de inclusión y ha de aplicarse, en consecuencia, la LO 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal por ser la que se encontraba vigente en ese momento así como su Reglamento de desarrollo, el RD 1720/07 de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal..

El art. 29.4 LOPD establece, refiriéndose propiamente a los registros de morosos, 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".

Por su parte, el RD 1720/07 establece en el art. 38 apartado 1 que "Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico.

c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación".

[redacted]

Añadiendo el art. 39 que "El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias."

En consecuencia, conviene analizar para determinar si ha existido o no la intromisión en el honor de [redacted] que se denuncia si se han cumplido los requisitos necesarios para poder incluir a una persona en el fichero Asnef.

Se alega por la parte actora que la deuda no es cierta y líquida ya que no estaba conforme con las penalizaciones cobradas y, además, que no fue requerida de pago previamente a la inclusión en el fichero Asnef, único en el que consta inscrita ya que el oficio remitido a Badexcug ha dado resultado negativo. Sobre la certeza y liquidez de la deuda recoge la STS 496/19 que "Es doctrina de la sala que la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, esto es, inequívoca e indudable, por lo que no cabe en estos registros deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio (sentencia n.º 245/2019, de 25 de abril). Esta doctrina se matiza o se modula en el sentido de que no cabe cualquier oposición al pago de una deuda para calificarla de incierta o dudosa, pues de ser así la certeza y exigibilidad de la deuda quedaría al exclusivo arbitrio del deudor. De ahí, que se haya de estar a las circunstancias del supuesto de hecho que se enjuician."

La parte actora ha dicho que en una ocasión mostró su disconformidad con la deuda que se le estaba reclamando ya que no estaba de acuerdo con la penalización que se le exigía, pero no se ha acreditado que esta reclamación haya existido al haberse efectuado, manifestó la actora, por teléfono siendo, por otro lado, que la liquidez de la deuda no depende de que el deudor esté conforme con ella. En este caso, por lo tanto, la deuda era líquida y exigible porque el plazo para hacerle frente finalizó permitiendo ello la reclamación del acreedor. Si correspondía pagar esa concreta cantidad exigida u otra menor no es objeto de este pleito y no empecé a la existencia de una deuda cierta de la deuda.

Con ello, el primero de los requisitos se cumple, centrándonos a continuación en analizar el requisito de previo requerimiento de pago con aviso de la posibilidad de ser incluido en los ficheros mencionados.

[redacted]

La demandante niega haber sido requerida previamente de pago con la correspondiente información relativa a la posible inclusión en un registro de solvencia patrimonial para el caso de impago de su deuda.

La regla general asentada jurisprudencialmente es que el envío masivo de notificaciones a los deudores cuando no se acredita la recepción por el destinatario no es bastante para dar por cumplido el requisito del requerimiento previo ni puede deducirse la efectiva recepción por el mero hecho de la no devolución por el servicio de Correos (STS 672/2020, de 11 de diciembre). La intervención de un tercero no acredita la recepción sino meramente la remisión. Ahora bien, como excepción a esa regla general se ha admitido que puede considerarse indiciariamente justificado el recibo de la notificación cuando se constata porque se recibieron otras comunicaciones en el mismo domicilio (STS 13/2013 de 29 de enero). En alguna sentencia aislada también se admite la inferencia de que la no devolución equivale a entrega (STS 345/2022 de 2 de febrero)

La STS de 11 de diciembre de 2020 indica, respecto de la prueba de la notificación, que: "La cuestión jurídica controvertida reside en determinar si puede considerarse que hubo o no previo requerimiento de pago. La Audiencia Provincial de Asturias no considera cumplido este requisito porque lo que se acredita es un envío masivo de notificaciones a los deudores, pero no se acredita la recepción por el destinatario. Al no constar devuelta la carta no prueba la recepción, según indica la Audiencia, quien considera que la recurrente disponía de mecanismos adecuados para acreditar que ha realizado el requerimiento de pago, tales como el envío con acuse de recibo, telegrama, correo electrónico acreditando el envío, o similares. Frente a esta postura, la recurrente considera que el envío es suficiente para acreditar el requerimiento de pago.

Esta sala en sentencia 13/2013, de 29 de enero, entendió que se había producido el requerimiento, considerando como argumento principal, que la notificación se había efectuado con anterioridad a la inclusión en el fichero de morosos mediante envío postal, sin fehaciencia en la recepción, pero entendía indiciariamente justificado el recibo de la notificación, dado que posteriormente se recibieron en el mismo domicilio telegramas de cuya recepción hay constancia. El supuesto al que hace referencia la mencionada sentencia de esta sala, es diferente de la actual, pues en aquel concurrían otros documentos (telegramas) de los que deducía el conocimiento por el deudor del requerimiento efectuado.

[redacted]

En el presente recurso se alega la infracción del art. 38.1. c) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de protección de datos, y esta sala debe declarar que se ha efectuado una correcta interpretación del mismo por el Tribunal de apelación, dado que el mero envío del requerimiento de pago, por vía postal, no acredita la recepción del mismo, por lo que no se puede entender efectuado el preceptivo requerimiento de pago, previo a la inclusión en el fichero de morosos."

La sentencia 563/2019, de 23 de octubre, declara: "En la sentencia 740/2015, de 22 diciembre , hemos declarado que el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación".

Consta en autos certificado de EQUIFAX que constata que emitió requerimiento previo de pago el 11 enero 2017 a nombre de [redacted] adjuntando certificación de la entrega de este en correos y certificación de ILUNION, empresa encargada de la prestación del servicio para la grabación y custodia de las devoluciones de las notificaciones, de que no consta el depósito o custodia de la notificación realizada a [redacted] la cual tampoco ha sido objeto de tratamiento por algún motivo de devolución. Sin embargo, no consta entrega y recepción efectiva por la parte actora de dicho requerimiento pues, aunque consta la dirección de [redacted] no hay indicios que corroboren que la carta enviada a esa dirección llegó a la destinataria ni que ello fuera con carácter previo a su inclusión en el fichero Asnef el 16 de febrero de 2017 por lo que no puede considerarse que se cumpla el requisito del requerimiento previo. De la documental aportada por ambas partes ningún dato hay que indique que a la actora se la requiriera de pago y se le informara de las consecuencias de no efectuar el abono de la cuantía reclamada en el plazo previsto y, así, que los datos relativos al impago podrían ser

[redacted]

comunicados a ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias.

Siendo necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley que llegue a conocimiento del deudor el requerimiento de pago así como la comunicación de que se le puede incluir en un fichero de morosos, estas circunstancias no han sido probadas correspondiendo la carga de la prueba de que se ha hecho tal notificación a la parte demandada. En consecuencia y en virtud de lo dispuesto en el art. 217 LEC, no puede tenerse por acreditado que [redacted] haya sido requerida de pago por lo que procede declarar que no se efectuó correctamente el requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero de morosos puesto que no hay constancia de recepción de la referida reclamación y ha de apreciarse intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora al haber sido incluidos sus datos personales por JAZZTEL en un registro de morosos sin cumplir con los requisitos legales entendiéndose vulnerado el artículo 7.7 de la Ley 1/1982.

TERCERO.- Cuantía de la indemnización.

Acreditada la intromisión ilegítima en el derecho al honor de [redacted] se discute la cuantía indemnizatoria. La parte actora reclama 12.000 euros, el Ministerio Fiscal considera adecuado 9.000 euros y el demandado, por su parte, entiende que es una cuantía desorbitada.

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, dispone "La existencia de 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."

Se considera procedente conceder una indemnización 7.000 euros que se reputa proporcional a las siguientes circunstancias. Primero, la inexistencia de daños patrimoniales concretos (pagar mayor interés para conseguir financiación) o difusos (derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios) (STS 81/2015, de 18 de febrero;699/2021 de 14 de octubre, entre otras). Si bien se ha alegado por la actora que le ha sido imposible contratar determinados servicios a causa de su inclusión en el fichero tal circunstancia no ha sido objeto de prueba en el presente proceso no bastando su mera alegación; ha de ser ponderado el tiempo de inclusión en el registro. En este caso desde el 16 de febrero de 2017 hasta el 23 de febrero de 2019, es decir, estuvo en el fichero Asnef a instancias de JAZZTEL dos años y siete días; el número de veces que dicho fichero fue consultado también es relevante. En este caso, tal y como se

[redacted]

muestra en los documentos que constan en la causa aportados por EQUIFAX, ha sido consultado por 25 empresas en más de 200 ocasiones. Ahora bien, debe tenerse presente que desde el 16 de mayo de 2018 al 18 de septiembre de 2018 su nombre había sido incluido por la compañía TELEFÓNICA. Por ello, las consultas efectuadas en ese periodo de tiempo no se pueden achacar únicamente a la inclusión realizada por la empresa demandada ya que existía otra inclusión realizada por otra empresa minorándose en consecuencia la indemnización; otro motivo que ha de valorarse son los infructuosos intentos previos o no para obtener la cancelación de los datos personales del actor en el registro de insolvencia. En este caso en el momento de presentación de la demanda ya no se encontraban sus datos en tal fichero y, además, en el suplico no se pide que se cancelen los datos de la actora del fichero y ello es consecuencia de que su inscripción se encontraba ya cancelada lo cual se realizó tras la primera comunicación con la parte demandada.

La STS 854/21 de 10 de diciembre dice que "En cualquier caso, no cabe una indemnización meramente simbólica carente del correspondiente efecto disuasorio, cara a la protección de un derecho fundamental de la persona como es su honor.

En este sentido, hemos declarado que: "[...] una indemnización simbólica tiene un efecto disuasorio inverso, puesto 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 [...]"" (sentencias 386/2011, de 12 de diciembre; 696/2014, de 4 de diciembre; 512/2017, de 21 de septiembre, 388/2018, de 21 de junio, 604/2018, de 6 de noviembre, 237/2019, de 23 de abril, 130/2020, de 27 de febrero; 592/2021, de 9 de septiembre y 699/2021, de 14 de octubre, entre otras)".

La cuantía fijada de 7.000 euros no tiene la consideración de simbólica.

CUARTO.- Intereses.

Respecto a los intereses, procede el interés legal del dinero de acuerdo con los art. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil desde la interposición de la demanda.

QUINTO.- Costas.

[redacted]

La estimación parcial de la demanda supone, de conformidad con el artículo 394 de la L.E.C, que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Estimar parcialmente las pretensiones de la parte actora y condenar a ORANGE ESPAGNE SAU (JAZZTEL) a pagar a [redacted] la cantidad de SIETE MIL EUROS (7.000 EUROS) junto con los intereses legales.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad.

Contra la presente resolución cabe interponer ante este mismo juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra.
Así, lo acuerdo, mando y firmo.

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]