



Roj: **STS 1645/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1645**

Id Cendoj: **28079110012017100254**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **2359/2016**

Nº de Resolución: **261/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1791/2016,**
STS 1645/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^ª Elisabeth , representada por la procuradora D.^ª Silvia Casielles Morán bajo la dirección letrada de D. Alberto Zurrón Rodríguez, contra la sentencia dictada el 17 de junio de 2016 por la Sección 1.^ª de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm. 190/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 336/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Laviana, sobre derecho al honor. Ha sido parte recurrida France Telecom España S.A. (Orange España S.A.U.), representada por el procurador D. Jacobo García García y bajo la dirección letrada de D.^ª Mónica Fernández Méndez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D.^ª Elisabeth , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad France Telecom España S.A. (Orange) en la que solicitaba se dictara sentencia que estimando íntegramente la demanda se condenase al denunciado a:

- «a) Abonar a la actora el importe de 7.000 ? por daños morales
- »b) Ejecutar cuantos actos y comunicaciones sean necesarios para excluir a la actora de los ficheros de morosos donde lo incluyó, más en concreto el de Asnef, salvo que ya lo hubiere hecho al tiempo de interponerse esta demanda, ello por el importe que figure anotado al momento de llevarse a cabo dicha acción.
- »c) Al pago de los intereses y las costas».

2.- La demanda fue presentada el 6 de noviembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Laviana y fue registrada con el núm. 336/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Orange España S.A.U. (anteriormente denominada France Telecom España, S.A.U.), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar sentencia desestimando íntegramente la demanda y con expresa condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Laviana dictó sentencia núm. 117/2015 de fecha 16 de diciembre de 2015 , con el siguiente fallo:



«Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Morales Suárez, actuando en nombre y representación de Dña. Elisabeth , contra Orange España S.A.U., debo condenar y condeno a la demandada:

»1.- A que abone a la actora la cantidad de 7.000 euros, cantidad que devengará los intereses previstos en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución.

»2.- A ejecutar cuantos actos y comunicaciones sean necesarios para excluir a la demandante del fichero Asnef-Equifax, derivados de la deuda a que se refiere el presente procedimiento.

»Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Orange España, S.A.U.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 190/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 189/2016 en fecha 17 de junio de 2016 , cuyo fallo dispone:

«Con estimación parcial del recurso presentado frente a la Sentencia dictada en procedimiento ordinario número 336 de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pola de Laviana, por la representación de la mercantil France Telecom España, SA (Orange) debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, modificar tan solo la cuantía de la indemnización a pagar por la reseñada a doña Elisabeth , que se fija en dos mil euros más los intereses legales que también establece la sentencia de instancia.

»No se hace pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D.ª Elisabeth , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo del artículo 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dictada la sentencia en proceso sobre la tutela judicial de protección del derecho al honor reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución española , se infringe el artículo 19.1 de la Ley de Protección de Datos , así como el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , existiendo error notorio en la valoración de la prueba, dado que la cuantía adjudicada en la sentencia dictada en apelación no ha tenido en cuenta los criterios establecidos por la Sala 1.ª del Alto Tribunal respecto del tiempo transcurrido con la anotación de los datos personales en los ficheros de morosidad y el número de entidades que consultaron los citados archivos, ello relacionado con la cuantificación objeto de la indemnización derivada de la infracción del derecho al honor declarado, siendo sabido que la fijación de la cuantía de la indemnización es recurrible en casación cuando existe error notorio, arbitrariedad, notoria desproporción, invocándose la jurisprudencia de la Sala 1.ª que ha establecido que la indemnización no puede ser meramente simbólica».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Elisabeth contra la sentencia dictada, con fecha 17 de junio de 2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 336/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Pola de Laviana».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 6 de febrero de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de marzo de 2017, siendo suspendido por licencia médica del Magistrado Ponente y señalado nuevamente el día 19 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:



1.- Doña Elisabeth formuló demanda para la protección de derechos fundamentales, en concreto el derecho al honor, por habersele incluido por la demandada en dos ficheros de morosos. Solicitaba que se le indemnizase en la cantidad de 7.000 €, por daños morales, y que se ejecutasen los actos y comunicaciones que fuesen necesarios para excluirla de los ficheros de morosos en los que se le había incluido.

2.- La sentencia de primera instancia declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora y condenó a la demandada a que abonase a aquella la cantidad de 7.000 € por el daño causado.

Para el cálculo de la indemnización acudió a los criterios de esta sala fijados en la sentencia de 18 de febrero de 2015, confirmados por la sentencia de 12 de mayo de 2015, en los que se atiende a la difusión, la incerteza de la deuda, sin que sea causa de exclusión de los perjuicios morales padecidos el que la deuda sea de pequeña cuantía, y naturaleza de las empresas que han consultado tales ficheros. A ello se añade también la permanencia en el tiempo de la inclusión de los datos en el registro.

A partir de esos criterios, la sentencia de primera instancia tuvo en consideración que: (i) es improcedente la inclusión de la deuda en dos ficheros; (ii) en el primero aún permanece incluida, lo que supone un año y diez meses, y en el segundo ha permanecido seis meses; (iii) que en el primero se hicieron cuatro visitas (Gas Natural, Bankinter, Iberdrola Clientes y General i Seguros), y en el segundo tres consultas (Liberbank, Bankinter y Cofidis S. A.); (iv) que estas empresas facilitan crédito o servicios y suministros, y no lo facilitarían si consta que el solicitante se encuentra incluido en uno de esos registros de morosos, para cumplir con lo que se ha llamado <<crédito responsable>>.

3.- La demandada Orange España S.A.U. interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió su conocimiento a la sección número uno de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 17 de junio de 2016 por la que estimaba parcialmente el recurso.

Modificó la sentencia de primera instancia únicamente en la cuantía de la indemnización, que la fijó en 2.000 €.

A consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación no hizo pronunciamiento sobre las costas causadas por el mismo.

4.- El Tribunal de apelación tiene en cuenta para motivar la reducción de la indemnización un supuesto similar conocido por él y en el que dictó sentencia el día 1 de junio de 2016.

Toma en consideración los criterios fijados por el Tribunal Supremo, sala primera, en las sentencias de 4 de diciembre de 2014, 18 de febrero y 12 de mayo de 2015, y con total respeto a los hechos que la sentencia de primera instancia declara probados.

Razona que la cantidad que fija no puede considerarse simbólica, lo que no sería admisible (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2014).

5.- La demandante interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, articulado en un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 9.3 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, en relación con el art. 9.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Igualmente denuncia la infracción de la jurisprudencia del Alto Tribunal por la vulneración a las pautas que deben ser tenidas en cuenta para la valoración del daño moral.

En el desarrollo argumental del motivo, la recurrente alega que la indemnización fijada es meramente simbólica, y a tenor de la doctrina de la Sala, existe un error notorio, dado el tiempo transcurrido con la anotación de los datos personales en los ficheros de morosidad y el número de entidades que consultaron los citados archivos, lo que ocasiona un notable perjuicio pues necesita para sufragar los gastos del proceso poner de su peculio ya que no se pueden abonar con la indemnización que ha sido fijada.

La sentencia recurrida reconoce como hechos probados, que el tiempo de constancia de la actora en los dos ficheros de morosos donde fue incluida alcanzó los seis meses en uno de ellos y en el segundo cuando se dictó la sentencia de primera instancia alcanzaba ya veintidós meses, sin que exista constancia de que haya sido excluida del mismo.

En cuanto a las vistas realizadas por distintas entidades fueron cuatro las consultoras de uno de ellos y tres en el otro, todas ellas entidades financieras o de servicios y suministros. La actora se puso en contacto con la entidad demandada para que se la excluyera de ambos registros sin obtener respuesta lo que obligó a intentarlo personalmente, solo en uno de los registros lo consiguió cancelar, pero no ha podido conseguirlo respecto de otro.

Cita como doctrina de la sala que se considera vulnerada la sentencia de 4 de diciembre de 2014, la de 18 de febrero de 2015 y la de 12 de mayo de 2015.



6.- La Sala dictó auto el 23 de noviembre de 2016 por el que se admitía el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

7.- El Ministerio Fiscal, con cita de sentencias de esta sala, solicitó la estimación del recurso de casación, poniendo de relieve cómo en supuestos similares se han fijado indemnizaciones de cuantía muy superior. En concreto 10.000 ? en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015 , y 12.000 ? en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2014 .

SEGUNDO.- Decisión de la sala

1.- Sólo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisión en casación de la cuantía de la indemnización.

2. - Ciertamente, constituye doctrina constante de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 9 de octubre de 2015, rec. núm. 669 / 2013, de 10 de febrero de 2014, rec. núm. 2298/2011 , y 22 de enero de 2014, rec. Núm. 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que «no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82 » (STS de 17 de julio de 2014, rec. núm. 1588/2008 , con cita de las SSTS 21 de noviembre 2008 en rec. Núm. 1131/06 , 6 de marzo de 2013 en rec. Núm. 868/11 , 24 de febrero de 2014 en rec. núm. 229/11 y 28 de mayo de 2014 en rec. núm.. 2122/07) o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (sentencias de 5 de diciembre de 2000 , 31 de enero de 2001 , 25 de enero de 2002 , 10 de junio de 2002 , 3 de febrero de 2004 , 28 de marzo de 2005 , 9 de junio de 2005 , 21 de abril de 2005 , 17 de enero de 2006 , 27 de febrero de 2006 , 5 de abril de 2006 , 9 de junio de 2006 , 13 de junio de 2006 , 16 de noviembre de 2006).

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que «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. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012 , que 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 (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».

3.- 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).

4.- Descendiendo al supuesto enjuiciado sobre la inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, 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.

Ambos extremos se consideran probados por la sentencia recurrida, asumiendo al efecto la de primera instancia.

5.- La interrogante es saber, si ello es así, por qué modera la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia.

Sobre este particular, debe recordarse que el ámbito de la revisión que es posible en casación es más amplio en este tipo de litigios que en otros que versan sobre cuestiones sin trascendencia constitucional. Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, este tribunal no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (sentencias núm. 311/2013 de 8 de mayo , y núm. 312/2014 de 5 de junio , entre las más recientes).

6.- Al abordar la citada revisión, con independencia de razonar la sentencia recurrida que la indemnización que fija no es simbólica, no existe más dato para llevarla a cabo que la comparación que hace esta con otra sentencia dictada por el mismo tribunal.

Consecuencia de lo anterior es que la sala ha de indagar sobre razones que no afloran en la sentencia.

En esa labor de indagación, no puede aceptarse (sentencia núm. 81/2015 de 18 de febrero) el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una trascendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en registros de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha realizado, quienes consultan el registro pueden suponer legítimamente que el acreedor ha cumplido con las exigencias del principio de calidad de los datos, y no lo contrario, que es lo que hace la Audiencia, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias.

Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos.

Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios.

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.

Las empresas que consultaron son empresas que facilitan crédito o servicios y suministros, bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet), por lo que para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos registros de morosos son consultados por las empresas asociadas para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado "crédito responsable", destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares, a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible , y el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

7.- Por todo ello, el daño indemnizable sufrido por la demandante se compadece más con el que cuantifica la sentencia de primera instancia que con el que fija la sentencia recurrida puesto que la inclusión de sus datos en los registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia de la demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas.



8.- A lo anterior se han de añadir las gestiones que tuvo que realizar la demandante para conseguir la cancelación de sus datos en los registros de morosos, sin que el resultado fuera enteramente satisfactorio, pues sólo obtuvo la cancelación en uno.

9.- En consecuencia, la indemnización fijada en la sentencia recurrida no se ajusta a los criterios establecidos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, ni se compadece con lo mantenido por esta sala en supuestos similares de escasa deuda, tiempo incluido en los registros de morosos y divulgación que los mismos han tenido.

Una reducción tan notoria como la llevada a cabo por la sentencia recurrida, en circunstancias como las descritas, ha de calificarse de indemnización simbólica, disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona.

El motivo se estima.

TERCERO.- Conforme prevén los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Elisabeth contra la sentencia dictada el 17 de junio de 2016 por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo. **2.º-** Casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Orange España contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Laviana, que se confirma y se declara firme. **3.º-** Imponer a la parte apelante las costas del recurso de apelación. **4.º-** No imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.