



Roj: **SAP O 264/2016 - ECLI:ES:APO:2016:264**

Id Cendoj: **33024370072016100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **15/01/2016**

Nº de Recurso: **559/2015**

Nº de Resolución: **11/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00011/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

N01250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2015 0000479

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000559 /2015

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de GIJON

Procedimiento de origen: ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000038 /2015

Recurrente: XFERA MOVILES, S.A.

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado:

Recurrido: Gervasio

Procurador: JOAQUIN SECADES ALVAREZ

Abogado: ALBERTO ZURRON RODRIGUEZ

SENTENCIA nº. 11/2016

PRESIDENTE: ILMO. SR. DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARÇIA

MAGISTRADO: ILMO. SR. DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

MAGISTRADO: ILMO. SR. DON PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN

En Gijón, a quince de enero de dos mil dieciséis

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJON, los Autos de ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 38/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de GIJON, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 559 /2015**, en los que aparece como **parte apelante, XFERA MOVILES, S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por la Letrada Dª. ANA ENGRACIA SÁNCHEZ PÉREZ, y como parte apelada, D. Gervasio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOAQUIN SECADES ALVAREZ, asistido por el Letrado D. ALBERTO ZURRON RODRIGUEZ, **Y MINISTERIO FISCAL.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, dictó en los autos de P. Ordinario derecho al honor 38715, Sentencia de fecha 10 de Julio de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"ESTIMAR ÍNTEGRAMENE la demanda interpuesta por D. Gervasio FRENTE A XFERA MÓVILES, S.A, con los siguientes pronunciamientos:

- Se condena a la demanda a indemnizar al demandante con la cantidad de CINCO MIL OCHOCIENTOS EUROS (5.800), más el interés legal del dinero desde la interpelación judicial (el 21-01.15) y hasta esta sentencia, en que se sustituirá por el interés procesal del art. 576 de la LEC .

- Condenar a la demanda al abono de las costas."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de XFERA MÓVILES, S.A., 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 21 de Enero de 2016.

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

Vistos siendo Ponente el Magistrado ILMO. SR. DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los motivos del recurso de apelación atañen a la improcedencia del incumplimiento de los requisitos determinantes de la infracción del derecho al honor, al estimar la parte apelante que ha cumplido todas las condiciones administrativas que justifican la inclusión de la parte actora en el registro de morosos, debido a una deuda cierta y exigible y cumplido también el requisito de requerimiento previo, para discutir finalmente el quantum en que se indemnizan los daños morales.

SEGUNDO.- El demandante se limita a citar en su recurso la normativa administrativa obviando el análisis jurisprudencial que recoge los requisitos determinantes de la lesión de estos derechos y del cálculo de la indemnización procedente. Debe señalarse que el supuesto enjuiciado guarda gran semejanza con el resuelto por esta misma Sala en fecha 9 de julio de 2015, donde dijimos : *.- El segundo motivo del recurso se refiere a la inexactitud de la deuda, basándose en una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en que se archiva un procedimiento sancionador en un caso de deuda existente pero cantidad controvertida y cita la STS de 2 de abril de 2008 .*

Tampoco puede acogerse dicho motivo impugnatorio, en primer termino porque la resolución administrativa citada no vincula a la jurisdicción civil y en segundo termino debe tenerse en cuenta lo dispuesto en 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 el art. 38 del Reglamento exige para la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada.

Por tanto, los datos que se incluyan en estos registros de morosos han de ser ciertos y exactos, pero hay datos contractuales que pueden ser ciertos y exactos sin ser por ello determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados, en cuyo caso no son pertinentes. Además, se exige la existencia de una deuda previa, vencida y exigible, que haya resultado impagada.

A partir de la STS de 29 de enero de 2013 y otras posteriores como la de 19 de noviembre de 2014 se realizan algunas declaraciones generales sobre esta cuestión, al declarar que la LOPD"... descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y 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 " .

Por tanto en contra de lo que sostiene la recurrente el Tribunal Supremo entiende que la deudas dudosas o no pacíficas no deben conllevar la inclusión en los ficheros de solvencia patrimonial, y precisamente en al final del recurso viene reconocer que pudieron existir discrepancias con el cliente en cuanto al importe de la cantidad reclamada, tal como pone de manifiesto la Sentencia de instancia, por lo que dicho motivo impugnatorio debe



desestimarse..., doctrina que es de plena aplicación al supuesto enjuiciado en el que existe una manifiesta discusión sobre la deuda, cuya cuantía no es indiferente para fundamentar la legitimidad de la actuación del acreedor, y en este sentido es correcta la cita de la sentencia de la sección 5ª de 23 de mayo y esta discusión es evidente desde el momento en que no coincide la que figura en el registro con la admitida por al apelante en su contestación ni en los conceptos ni en la cuantía, como muy bien dice la sentencia demostrando la prueba que se procedió al pago de las facturas pendientes (pese a los problemas surgidos) y que aquella derivaba en definitiva de la sanción por incumplir el compromiso de permanencia cuya procedencia es discutible, (debido a la patente falta de transparencia sobre dicho concepto), máxime en las condiciones ocurridas en el caso enjuiciado, en las que la parte, tenía problemas en el uso de la línea debido a defectos en el funcionamiento del servicio, justificados con la documental, a través de las llamadas al número 622, sin que sea coherente siquiera el cálculo que hace la apelante en el recurso (folios 165) con el que elabora al contestar a la demanda al folio 65 vuelto, deuda que en gran parte había sido abonada en octubre de 2013 (documento 4 de la demanda). Por otra parte hemos de recordar al respecto que la jurisprudencia viene exigiendo en sentencias de 29 de enero de 2013, 19 de noviembre de 2014 y 18 de febrero de 2015 para la legitimidad de la actuación del acreedor en este punto que 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, lo que entendemos no se produjo como bien dice la sentencia cuando se verificó la inclusión. La sentencia de 29 de enero, realiza algunas declaraciones generales sobre esta cuestión, al declarar que la LOPD «... descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que **los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, lo que no se cumple en este caso.**

TERCERO.- Por otra parte, siendo discutible que hubiese dudas reales sobre la solvencia del actor habida cuenta de los problemas del servicio el pago parcial de facturas y la ruidosa procedencia de la reclamación por el compromiso de permanencia sobre el que no consta fuese convenientemente informado, es manifiesto que tampoco la demandante cumplió el requisito haber requerido personalmente de pago al actor antes de la inclusión. Esta cuestión ya ha sido abordada por esta Sala en nuestra Sentencia de 24 de abril de 2015 en la que señalábamos que "*ciñéndonos al requisito del requerimiento previo de pago al deudor, que es propiamente, el objeto de debate en la litis, es claro que la demandada realizó la inscripción sin que conste el cumplimiento de dicho registro, cuya carga de acreditarlo incumbe al demandado (Sentencia del TS de 21 de octubre de 2014); y en la sentencia de 24 de abril de 2015, dijimos: No atestigua su cumplimiento el documento 9 de la demanda en el que un tercero (BB DATA PAPER) simplemente alude a que fueron enviadas al servicio de correos con motivo de un acuerdo concertado con la demandada un total de 67111 notificaciones de inclusión entre las que se encuentra una al demandado, sin que conste hubiese incidencias, documento que no es revelador del cumplimiento de este requisito mediante una notificación personal, como igualmente tampoco lo es la el documento 10 de la contestación por el que EQUIFAX afirma que no fue devuelta una carta comunicándole la cesión de crédito llevada a cabo entre VODAFONE Y la entidad recurrente. Con ello no se cumple la exigencia de tal requisito, que pudo ser acreditado con facilidad a través del servicio de correos y por medios fehacientes de prueba que acrediten tanto el contenido de la comunicación, en lo que afecta al requerimiento previo de pago a la inclusión en el registro, como que le fue remitida a su domicilio y las circunstancias de su recepción. En consecuencia se diferencia claramente el supuesto enjuiciado del contemplado por la sentencia del TS de 29 de enero de 2013 que declara probado tal requisito en virtud de hechos constatados que a contrario sensu obligan a adoptar una solución distinta en el presente. Esta sentencia afirma : *hay constancia en Caja Navarra y en la entidad Gupost de que se realizó el envío, aunque no de la fecha exacta de su recepción, así como que en ese domicilio se recibieron posteriormente telegramas de cuya recepción sí hay constancia, por lo que se estima que la entidad acreedora ha probado, como así le correspondía, la realidad del requerimiento que niega la parte ahora recurrente....*", lo que ocurre en el presente caso con la documental aportada, folios 84 y 85 en la que en esas fechas se certifica la emisión de 4096 y de 112303 recibos entre los que se dice se encuentra el hecho al demandante, del que no hay constancia de su notificación personal.*

CUARTO.- Respecto de la indemnización de daños morales, la intromisión se ha prolongado por 8 meses en dos ficheros, a los cuales han tenido acceso dos entidades según las consultas efectuadas que justifica la documental. La discusión radica finalmente en orden a la cuantificación los daños morales sufridos en 5.800 euros que el apelante considera excesivos. Nos hallamos ante el resarcimiento de un daño moral impropio (al margen de los daños patrimoniales estrictos que también se acrediten) en el sentido catalogado por la sentencia del TS de 27 de julio de 2006 que se cuantifica conforme al art 9 3 de la LO atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Para el cálculo de esta indemnización podemos atender al criterio de la sentencia **de TS de 18 de febrero de 2015**. En el caso enjuiciado por aquella sentencia se tuvo en cuenta como factores determinantes del daño la incerteza de la deuda (aquí se trataba de una deuda controvertida en el momento de la inclusión), el hecho de que la deuda sea



de pequeña cuantía no es factor determinante de la exclusión de los perjuicios morales padecidos, la difusión del nombre del demandante al haber consultado el fichero 4 empresas y las gestiones que hubo de hacer el actor para la cancelación de su datos en el registro, lo que llevó al TS a elevar al indemnización concedida hasta 10.000 euros. En el ahora enjuiciado es clara la ilegitimidad de la actuación del demandado, como hemos visto por otra parte el perjuicio se ha producido en forma similar al detallado por aquella resolución al consultar el fichero dos entidades y también debe evaluarse la permanencia en el tiempo de la inclusión de los datos del accionante en dos registros y no solo en uno, durante este periodo de tiempo. Por todo ello la indemnización concedida en virtud de las circunstancias del caso se acomoda a la que esta Sala fijó en asuntos similar por sentencia de 30 de octubre de 2013 , y de fecha 22 de mayo de 2015 , y guarda la debida proporcionalidad con la establecida por la sentencia citada del TS de 18 de febrero de los corrientes, teniendo en consideración las circunstancias evaluadas en la misma y las aquí enjuiciadas, todo lo cual obliga al rechazo del último de los motivos y a la confirmación de la sentencia apelada.

QUINTO.- Desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente (artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia provincial de Asturias, dicta el siguiente,

FALLO

Fallamos. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de XFERA MÓVILES, S.A., contra la sentencia de 10 de julio de 2015 , dictada en autos de P. Ordinario derecho al Ho no r 38/15, que se tramitan en el Juzgado de primera instancia 5 de Gijón, que e confirma, con imposición de las costas de la apelación al recurrente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.