

Daño moral y función disuasoria de la responsabilidad civil en los daños al honor: el caso de los ficheros de solvencia; jurisprudencia del Tribunal Supremo (1)

Moral damage and deterrent function of civil liability in damage to honour: the case of solvency records; case law of the Supreme Court

José Ramón García Vicente

Letrado del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, sala primera

Catedrático de Derecho Civil

jrfix@usal.es

ÍNDICE

Daño moral y función disuasoria de la responsabilidad civil en los daños al honor el caso de los ficheros de solvencia; jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. EL ARTÍCULO 9 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

II. ¿POR QUÉ ELEGIR LOS DAÑOS MORALES EN EL CASO DE FICHEROS DE MOROSOS? OBJETIVOS

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL CASO DE FICHEROS DE MOROSOS

1. La fijación de la cuantía de los daños compete a los tribunales de instancia

2. No son admisibles las indemnizaciones «simbólicas»

3. La cuantía de la indemnización depende de las circunstancias que concurran

4. La indemnización puede establecerse «por contraste»

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y NO POCOS INTERROGANTES

V. BIBLIOGRAFÍA

Normativa comentada

Carta (Derechos Fundamentales de la Unión Europea)

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

TÍTULO II. LIBERTADES

Artículo 8 *Protección de datos de carácter personal*

Regl. 2016/679 UE, de 27 Abr. (protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE -Reglamento general de protección de datos-)

LO 3/2018 de 5 Dic. (Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales)

TÍTULO IV. Disposiciones aplicables a tratamientos concretos

Artículo 20. *Sistemas de información crediticia.*

LO 1/1982 de 5 May. (protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen)

CAPÍTULO II. DE LA PROTECCIÓN CIVIL DEL HONOR, DE LA INTIMIDAD Y DE LA PROPIA IMAGEN

Artículo 9.

L 24/2015 de 24 Jul. (Patentes)

TÍTULO VII. Acciones por violación del derecho de patente

Artículo 74. *Cálculo de los daños y perjuicios e indemnizaciones coercitivas.*

L 36/2011 de 10 Oct. (jurisdicción social)

LIBRO SEGUNDO. Del proceso ordinario y de las modalidades procesales

TÍTULO II. De las modalidades procesales

CAPÍTULO XI. De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas

Artículo 183. *Indemnizaciones.*

RDLeg. 5/2000 de 4 Ago. (TR Ley de infracciones y sanciones en el orden social)

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

CAPÍTULO VI. Responsabilidades y sanciones

SECCIÓN 1.^a. Normas generales sobre sanciones a los empresarios, y en general, a otros sujetos que no tengan la condición de trabajadores o asimilados

Artículo 40. *Cuantía de las sanciones.*

RD 1720/2007 de 21 Dic. (Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999 de 13 Dic., protección de datos de carácter personal)

REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

TÍTULO II. Principios de protección de datos

CAPÍTULO III. Encargado del tratamiento

Artículo 20. *Relaciones entre el responsable y el encargado del tratamiento.*

Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 Sep. 2015 (Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible)

Comentarios

Resumen

En este trabajo se examinan dos cuestiones relativas a la indemnización de los daños morales en caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor del deudor por su inclusión indebida en los ficheros de solvencia. Por un lado, los criterios y elementos tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo en la determinación de la cuantía del daño. En segundo lugar, la función disuasoria que desempeña la indemnización en estos casos.

Palabras clave

Ficheros de solvencia, daño moral, jurisprudencia.

I. EL ARTÍCULO 9 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

1. El legislador ha ordenado, entre las pretensiones que el perjudicado puede ejercer en caso de intromisión ilegítima en su derecho al honor, la relativa a la indemnización de los daños padecidos y, explícitamente, se refiere a los daños morales en el artículo 9 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo (LA LEY 1139/1982), *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (LOPH, en adelante) (2) .

Así, después de mencionar que entre los remedios para la defensa de su derecho corresponde al perjudicado la indemnización «de los daños y perjuicios causados» (art. 9.2 b) LOPH (LA LEY 1139/1982)) establece dos reglas.

Por un lado, se releva al dañado de la prueba de la existencia del daño (no solo del moral) que se ordena como presunción *iuris et de iure* siempre que se acredite la intromisión ilegítima (recuérdese el art. 385.3 LEC (LA LEY 58/2000)). Regla que también aparece en algún otro caso: así en el artículo 74.2 a) *in fine* Ley 24/2015, de 24 de julio (LA LEY 12259/2015), *de patentes* («*En el caso del daño moral, procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico*»).

Por otro lado, se fijan «algunos» elementos de los que cabe servirse para determinar la cuantía del daño moral al que se extiende la indemnización, daño este que, como dice el brevísimo preámbulo de la ley, es *de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos*.

Reza el artículo 9.3 LOPH (LA LEY 1139/1982):

«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» (3) .

Esta redacción fue modificada por la disposición final 2.^a de la *LO 5/2010, de 22 de junio (LA LEY 13038/2010)*, por la que se modifica la *LO 10/1995, de 23 de noviembre (LA LEY 3996/1995)*, del Código penal, que, en lo que concierne a este número, suprimió la frase «*También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*» con el propósito de separar las acciones indemnizatorias referidas al daño moral de las acciones relativas al enriquecimiento injustificado. En particular, para ofrecer cobertura al ejercicio de la llamada *condictio* por intromisión respecto a la acción de daños, sean estos morales o patrimoniales (4) .

Una observación previa: el precepto parece vincular la cuantía del daño a la gravedad de la lesión, lo que no se coherente con el régimen general de la indemnización de los daños, en que lo que importa es el daño que se sufre (y cómo lo sufre su víctima singularmente) y no el reproche que merezca la lesión o cual sea su intensidad. En otros términos el precepto se aleja —o propone una perspectiva distinta— de la reparación integral (todo el daño y solo el daño) como principio que rige nuestro Derecho de daños. Si el modo de conducirse del que daña merece reproche su sede es otra: el Derecho sancionador o represivo.

Nos centraremos especialmente en los daños morales por intromisión ilegítima en el honor en los casos de inclusión en registros de morosos o ficheros de solvencia, esto es, el daño que se sufre con ocasión de pasar un deudor por «mal pagador» no siéndolo, o bien porque no hubiera tenido la oportunidad de remediar un error u olvido y figurar, por tanto, como tal.

La atribución a una persona de la condición de «moroso» y su comunicación a terceros:

«afecta al honor de la persona a la que se realiza la imputación, porque existe una valoración social negativa de las personas incluidas en estos registros y porque la imputación de ser "moroso" lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación».

En este sentido las Sentencias, 284/2009, de 24 de abril, Pleno, fundamento de derecho 2.º; 12/2014, de 22 de enero (LA LEY 4638/2014), fundamento de derecho 6.º; 312/2014, de 5 de junio (LA LEY 68743/2014), fundamento de derecho 4.º, apartado 4; y 592/2021, de 9 de septiembre (LA LEY 152330/2021), fundamento de derecho 3.º, apartado 4.

La noción de daño moral, de borrosos contornos, se encuentra bien delimitada en la Sentencia 696/2014, de 4 de diciembre (LA LEY 176211/2014), fundamento de derecho 3.º, apartado 4:

«La jurisprudencia, reconociendo que el daño moral constituye una "noción difícil", le ha dado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del pretium doloris [precio del dolor] y los ataques a los derechos de la personalidad. Es daño moral aquel que no es susceptible de valoración patrimonial (lo que no significa que no sea indemnizable) porque no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad.

Provocan daño moral las intromisiones en el honor e intimidad y los ataques al prestigio profesional, tanto más cuando provocan sufrimiento o padecimiento psíquico, que concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares».

2. Además de la LOPH (LA LEY 1139/1982), sobre esta materia de protección de datos personales, véanse: por un lado, el *Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (LA LEY 6637/2016), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) (Reglamento general de protección de datos (LA LEY 6637/2016))* —en particular su art. 82 «Derecho a indemnización y responsabilidad»—. En segundo lugar, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LA LEY 19303/2018), *de protección de datos personales y garantía de los datos digitales (LOPDPGDD (LA LEY 19303/2018))* que denomina a estos ficheros «para la evaluación de la solvencia financiera y de crédito», arts. 20 (LA LEY 13934/2007) y 34.1 letra j); y, en tercer lugar, el *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (LA LEY 13934/2007), 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 (LA LEY 4633/1999)*, que mantiene su vigencia aunque se haya derogado la norma que desarrolla (véanse, en particular, sus arts. 37 a 44).

Ninguna de estas normas ordena reglas específicas sobre el alcance o criterios para la fijación del daño moral, pero sí determinan el contexto tuitivo de la lesión al honor en estos casos.

Las acciones de defensa del derecho al honor, por un lado y las resoluciones que se sigan en aplicación del Derecho sancionador de protección de datos, por otro, siguen itinerarios diferentes y no son las unas presupuesto de las otras. Así la Sentencia 671/2014, de 19 de noviembre (LA LEY 164618/2014), fundamento de derecho 3.º, apartado 6, que se remite y reproduce un pasaje de la sentencia 307/2014, de 4 de junio (LA LEY 64175/2014):

«En cuanto a la alegación de la existencia de prejudicialidad administrativa, corresponde a los tribunales civiles pronunciarse sobre la existencia de intromisión ilegítima causada por la indebida inclusión de los datos personales en un registro de morosos, sin necesidad de que exista previamente un pronunciamiento de la AEPD, ni que quede firme la sentencia que resuelva el recurso contencioso-administrativo que haya podido interponerse contra tal resolución administrativa. La sentencia de esta Sala núm. 307/2014, de 4 de junio, declara sobre este particular:

"La resolución de la AEPD no es un requisito necesario para la interposición de la demanda de protección del derecho fundamental al honor vulnerado por la indebida inclusión en un registro de morosos. La actuación de la AEPD, y de los tribunales de lo contencioso-administrativo competentes para conocer los recursos que se interpongan contra la resolución de la AEPD, responde a criterios propios del Derecho administrativo sancionador, mientras que lo que se ejercita ante los tribunales civiles son acciones de protección de derechos fundamentales, no regidos por los principios del Derecho administrativo sancionador, en los que procede acordar las medidas necesarias para la protección del derecho fundamental frente a la intromisión sufrida, entre las que está la fijación de la indemnización de los daños que haya sufrido el afectado por la intromisión ilegítima. Por consiguiente, no es necesario que se resuelva la denuncia que haya podido interponerse ante la AEPD para que pueda ejercitarse la acción de protección del derecho fundamental ante el tribunal civil, y esta puede interponerse sin que haya mediado actuación alguna de la AEPD"».

La finalidad a la que sirven los ficheros de solvencia —o registros de morosos— se resume con especial claridad, entre otras, en la sentencia 68/2016, de 16 de febrero (LA LEY 6404/2016), fundamento de derecho 4.º, apartado 1:

«Los llamados "registros de morosos" son ficheros automatizados (informáticos) de datos de carácter personal sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, destinados a informar a los operadores económicos (no solo a las entidades financieras, también a otro tipo de empresas que conceden crédito a sus clientes o

cuyas prestaciones son objeto de pagos periódicos) sobre qué clientes, efectivos o potenciales, han incumplido obligaciones dinerarias anteriormente, para que puedan adoptar fundadamente sus decisiones sobre las relaciones comerciales con tales clientes.

La sentencia de esta Sala núm. 284/2009, de 24 de abril, sienta como doctrina jurisprudencial que inclusión indebida en un fichero de morosos vulnera el derecho al honor de la persona cuyos datos son incluidos en el fichero, por la valoración social negativa que tienen las personas incluidas en estos registros y porque la imputación de ser "moroso" lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación "pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos [...] es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación".

Esta sentencia afirma que para que tal vulneración se produzca es intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, puesto que la jurisprudencia ha distinguido en el derecho al honor un doble aspecto, el aspecto interno de íntima convicción —inmanencia— y el aspecto externo de valoración social —trascendencia—.

No es preciso, pues, que haya existido una efectiva divulgación del dato para que se haya vulnerado el derecho al honor del afectado y se le hayan causado daños morales. Si el dato ha sido divulgado, porque el registro ha sido consultado, y tal divulgación tiene consecuencias económicas, habrían de indemnizarse tanto el daño moral como el patrimonial».

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha conformado una doctrina estable sobre los casos en los que la intromisión, en sede de ficheros de morosos, es «ilegítima» y, por ende, indemnizable (5) .

Así, los requisitos para que podamos considerar que es «legítima» la intromisión —o la inclusión y difusión de datos sobre el incumplimiento de obligaciones dinerarias, art. 20 LOPDPGDD (LA LEY 19303/2018)— son los siguientes:

1. La deuda debe ser cierta y exigible: Sentencias 13/2013, de 29 de enero (LA LEY 5156/2013), 114/2016, de 1 de marzo (LA LEY 9912/2016), y 562/2020, de 27 de octubre.

En este punto debe afirmarse que la simple discusión sobre el crédito no es bastante para negar su certeza: debe atenderse a la razón que justifica que el deudor se oponga a su existencia, cuantía o vencimiento, esto es, apreciar su razonabilidad. No es, por lo demás, necesario que la deuda conste o se acredite mediante sentencia condenatoria (sentencia 114/2016, de 1 de marzo (LA LEY 9912/2016), fundamento de derecho 5.º, apartado 5).

2. El deudor debe haber sido requerido y advertido de la inclusión en el fichero de solvencia en caso de impago. Sobre este requisito y sus distintas facetas, véanse las Sentencias 13/2013, de 29 de enero (LA LEY 5156/2013); 672/2020, de 11 de diciembre (LA LEY 183499/2020); 832/2021, de 1 de diciembre (LA LEY 226231/2021); 854/2021, de 10 de diciembre (LA LEY 253827/2021) —con un voto discrepante—; 81/2022, de 2 de febrero (LA LEY 7429/2022); 436/2022, de 30 de mayo (LA LEY 107403/2022) y 604/2022, de 14 de septiembre.

4. Hay otros aspectos de la lesión del derecho al honor en estos casos que merece ser subrayada:

1. La (ahora) LOPDPGDD (LA LEY 19303/2018) no es la vía exclusiva para la defensa del deudor incluido indebidamente en un fichero de solvencia, que disfruta, desde luego, de las acciones de protección del derecho al honor pero no solo de estas. Así la sentencia 245/2019, de 25 de abril (LA LEY 45612/2019), fundamento de derecho 5.º, reprocha a la Audiencia su perspectiva restringida, incompatible con la tutela de un derecho fundamental, en el que justamente debe optarse por la «conurrencia» de remedios no excluyentes entre sí.

2. Como señalan, entre otras, las sentencias 854/2021, de 24 de noviembre, fundamento de derecho 2.º, 746/2015, de 22 de diciembre (LA LEY 196615/2015), fundamento de derecho 7.º, apartado 3, 12/2014, de 22 de enero (LA LEY 4065/2014), fundamento de derecho 5.º, apartado 4 y 176/2013, de 6 de marzo (LA LEY 30423/2013), fundamento de derecho 5.º:

«La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman».

A mi entender, el fin que se persiga con la inclusión ilícita es irrelevante (si es ilícita tanto da que sea un fin más o menos aceptable) y cuando se justifica la inclusión —puesto que se trata de un deudor incumplidor— cada cual puede elegir el cauce con el que consiga mejor, dentro de las normas, satisfacer su derecho. Y la inclusión en un fichero de morosos es, en este sentido, un medio proporcionado al fin perseguido y, según el propio legislador, legítimo para alcanzarlo.

3. Además de los daños morales pueden padecerse otros daños patrimoniales concretos: así los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito —en rigor, esta es la finalidad que persiguen los registros, advertir a los operadores económicos, de quiénes son los malos pagadores—. Así, la sentencia 613/2018, de 7 de noviembre (LA LEY 163487/2018), fundamento de derecho 3.º, apartado 4, se refiere a los que llama «daños patrimoniales difusos» (que no comprenden los daños en la reputación, al menos cuando la persona afectada no tiene una actividad profesional en el mercado, que son daños «morales»):

«Como afirma la sentencia 81/2015, de 18 de febrero, "el perjuicio indemnizable ha de incluir el daño patrimonial, y en él, tanto los daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables (por ejemplo, el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros), como los daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos) y también los daños derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa"».

4. Se fijan los «intereses legales» desde la fecha de interposición de la demanda, porque en los casos de intromisión ilegítima se prescinde de la regla *in illiquidis non fit mora*. Así la sentencia 854/2021, de 24 de noviembre, fundamento de derecho 6.º, con cita de otras muchas:

«Todo ello, con los intereses legales correspondientes, desde la fecha de interposición de la demanda, dado que la jurisprudencia prescinde del alcance de la regla in illiquidis non fit mora (sentencias 764/2008, de 22 de julio (LA LEY 96429/2008), 228/2011, de 7 de abril, 65/2015, de 12 de mayo (LA LEY 59350/2015), y 81/2015, de 18 de febrero), tratándose de una intromisión ilegítima constatada y el perjuicio económico lo presume el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (LA LEY 1139/1982), cuando existe vulneración del derecho al honor».

II. ¿POR QUÉ ELEGIR LOS DAÑOS MORALES EN EL CASO DE FICHEROS DE MOROSOS? OBJETIVOS

1. Las razones para elegir el estudio de los daños morales en casos de ficheros de morosos son estas dos.

Por una parte, es un escenario de conductas repetidas, esto es, en las que puede que haya incentivos razonables para incorporar ciertas medidas de cuidado si los efectos de no adoptarlas son más costosas —y no solo en términos económicos— que no hacerlo. Es decir, estamos en presencia de un sistema (y mercado) organizado sobre una información relevante y valiosa para la tutela del crédito.

No obstante, no podemos descartar que la razón última de la incorporación al fichero por algunos acreedores sea compeler con un instrumento especialmente aflictivo en lo económico (la expulsión del mercado de los malos pagadores) para que los deudores remisos a pagar lo que deben, lo hagan. E incluso que se emplee sencillamente para que eviten discutir la pertinencia del mismo crédito.

La segunda razón es que en esta sede se ha manifestado la función «disuasoria» como propia de la indemnización de daños, aunque tal vez fuera más exacto decir que se ha añadido a la función propia de la indemnización del daño —compensatoria—.

Es más, en una materia transida de discreción —como es la fijación de qué dinero resarce el daño moral— la cuestión se traslada desde la circunstancia o padecimiento de la víctima o del dañado (hasta ahora el elemento sobre el que descansaba la fijación del daño: a cada dañado en razón de su daño), en favor de una fijación que, en general, disuada de la conducta que sigue el dañante, no tanto ya respecto a la víctima, sino como advertencia para lo sucesivo.

2. Nuestros objetivos son dos: por una parte, hacer una exposición ordenada de la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo sobre la indemnización del daño moral en estos casos, con el propósito de racionalizar los criterios y reglas que sustentan sus resoluciones. Parece un objetivo socialmente valioso disponer de alguna guía para saber cómo se calculará el daño.

Por otro lado, interrogarnos sobre si es razonable introducir —con los efectos que produce en la estimación de la cuantía del daño— la finalidad de disuadir al dañante de su conducta que podrá valorar anticipadamente los costes de su conducta, y procurará, por ende, introducir medidas de cuidado que reduzcan o minimicen tales costes.

Esta función se ha introducido explícitamente en casos análogos de tutela de derechos fundamentales. Así sucede en caso de que el despido del trabajador lo fuere con lesión de sus derechos fundamentales, caso en el que la Ley 36/2011, de 10 de octubre (LA LEY 19110/2011), *reguladora de la jurisdicción social* [LJS (LA LEY 19110/2011), en adelante] atribuye al trabajador perjudicado la pretensión indemnizatoria (art. 182.1 d), entre otros, de los daños morales.

A esta pretensión se refiere explícitamente el artículo 179.3 en orden al trámite singular de defensa de esta lesión, que parte de que la estimación exacta de los daños morales es «difícil» —y más adelante la ley añade «costosa»—:

«La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador».

En los números 1 y 2 del artículo 183 LJS (LA LEY 19110/2011) se fijan dos reglas: la primera, la compatibilidad del daño moral con otros daños adicionales; la segunda, la atribución de facultades judiciales discrecionales para la estimación de su importe y las finalidades que se persiguen entre las que explícitamente se incluye la de «prevenir el daño»:

«1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a

la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño».

Como botón de muestra de la interpretación que sustenta la sala cuarta del Tribunal Supremo sobre esta disciplina, la sentencia 356/2022, de 20 de abril (LA LEY 62221/2022) dice lo siguiente sobre la fijación de la cuantía del daño moral y su enlace con la finalidad disuasoria:

«En cuanto a la cuantificación a la utilización de la LISOS [se trata del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LA LEY 2611/2000), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social (LA LEY 2611/2000), LISOS, en adelante] como criterio para determina la indemnización: "Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio (LA LEY 88100/2006)), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, R cud. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13 (LA LEY 115370/2014); de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13 (LA LEY 15460/2015); de 19 de diciembre de 2017, R cud. 624/2016 (LA LEY 195954/2017) y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más —en la línea pretendida por la ya referida LRJS (LA LEY 19110/2011)— del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente".

Sin embargo, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS (LA LEY 2611/2000); y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros.

Por ello el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización».

Para la determinación concreta de la cuantía de la indemnización establece lo siguiente:

«En lo que a su cuantificación se refiere, la Sala opta, tal como hicimos en nuestras recientes SSTs de 22 de febrero de 2022, Rjud. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rjud. 2269/2019 (LA LEY 28506/2022), por fijar prudentemente dicha indemnización, y no por devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que allí se fijen, lo que retardaría notablemente la plena satisfacción del derecho fundamental vulnerado. Para ello, hay que partir del hecho de que el recurrente había venido solicitando una indemnización de 150.000 euros y, que en su recurso solicitó, de manera subsidiaria, la cantidad de 76.087,8 euros correspondiente a dos veces y media su retribución anual, que está en el marco de las sanciones por infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 40 de la LISOS (LA LEY 2611/2000). Al respecto, la Sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (entorno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se

encontrara el trabajador una situación de Incapacidad Temporal cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60.000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores» (6)

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL CASO DE FICHEROS DE MOROSOS

En la experiencia del Tribunal Supremo se han sucedido muchos casos relativos a lesiones al derecho al honor en el ámbito de los ficheros de solvencia. Esto es, se ha pedido por quienes han padecido una inclusión indebida en tales ficheros, una indemnización por daño moral y la respuesta del Tribunal ha configurado una doctrina que pasamos a sintetizar ahora y que cabe resumir —sin perjuicio de su desarrollo ulterior— en las siguientes afirmaciones:

1. La fijación de la cuantía del daño, como sucede en general, compete a los tribunales de instancia, aunque al tratarse de la lesión a un derecho fundamental hay algún margen mayor para la modificación de ésta (*sub* III, 1.^a).
2. Las indemnizaciones puramente simbólicas no son admisibles (*sub* III.2.^a) que es tal vez la razón primordial para incorporar una finalidad puramente disuasoria (por no decir sancionadora o represora) al importe de la indemnización —alejada, desde luego, del beneficio económico que obtenga el que daña de la inclusión ilícita en el fichero de morosos del deudor—.
3. La exacta cuantía de la indemnización depende de las circunstancias (*sub* III.3.^a), y entre ellas, las que más importan son las que se conectan con la afección del derecho al honor en sus diferentes facetas: entre ellas, la duración de la intromisión y su divulgación.
4. En un intento de procurar alguna previsibilidad —o, tal vez por exigencias de la igualdad en la aplicación judicial de la ley— la indemnización puede fijarse «por contraste»: esto es, se trata de fijar algunas pautas que permitan indemnizar daños semejantes con cuantías también semejantes (*sub* III.4.^a) o determinar la cuantía según lo que se haya hecho «en este tipo de casos» (Sentencia 647/2022, de 6 de octubre).

Las sentencias relevantes —sin perjuicio de que señalemos, además, otras que reproducen o no alteran la doctrina sentada— son las siguientes: 226/2012, de 9 de abril (LA LEY 46528/2012); 176/2013, de 6 de marzo (LA LEY 30423/2013); 267/2014, de 21 de mayo (LA LEY 60528/2014); 312/2014, e 5 de junio; 12/2014, de 22 de enero (LA LEY 4638/2014); 672/2014, de 19 de noviembre (LA LEY 175700/2014); 671/2014, de 19 de noviembre (LA LEY 164618/2014); 696/2014, de 4 de diciembre (LA LEY 176211/2014); 65/2015, de 12 de mayo (LA LEY 59350/2015); 81/2015, de 18 de febrero (LA LEY 10067/2015); 746/2015, de 22 de diciembre (LA LEY 196615/2015); 739/2015, de 21 de diciembre (LA LEY 196610/2015); 68/2016, de 16 de febrero (LA LEY 6404/2016); 114/2016, de 1 de marzo (LA LEY 9912/2016); 261/2017, de 26 de abril (LA LEY 32299/2017); 586/2017, de 2 de noviembre (LA LEY 155880/2017); 388/2018, de 21 de junio (LA LEY 72324/2018); 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018); 613/2018, de 7 de noviembre (LA LEY 163487/2018); 245/2019, de 25 de abril (LA LEY 45612/2019); 569/2019, de 7 de noviembre; 469/2019, de 27 de septiembre; 237/2019, de 23 de abril (LA LEY 45614/2019); 672/2020, de 11 de diciembre (LA LEY 183499/2020); 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020) —sentencia que puede considerarse *leading case* en materia indemnizatoria—; 62/2021, de 8 de febrero (LA LEY 1988/2021); 854/2021, de 24 de noviembre; 699/2021, de 14 de octubre (LA LEY 178229/2021); 592/2021, de 9 de septiembre (LA LEY 152330/2021); 80/2022, de 2 de febrero (LA LEY 7424/2022); 16/2022, de 13 de enero (LA LEY 2241/2022); 81/2022, de 2 de febrero (LA LEY 7429/2022); 436/2022, de 30 de mayo (LA LEY 107403/2022); 604/2022, de 14 de septiembre (LA LEY 199018/2022) y 647/2022, de 6 de octubre (LA LEY 232514/2022).

1. La fijación de la cuantía de los daños compete a los tribunales de instancia

Solo cabe su revisión —que es considerada «excepcional»— si en particular la sentencia de apelación no se ha atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LOPH (LA LEY 1139/1982) y, como veremos después, a los criterios de la sala sobre «el cómo de su aplicación», que excluye, por ejemplo, las indemnizaciones simbólicas (*sub* III.2.^a). O en caso de error notorio, arbitrariedad o evidente desproporción al fijarla. Así la sentencia 261/2017, de 26 de abril (LA LEY 32299/2017), fundamento de derecho 2.º, apartado 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 (LA LEY 6269/2014), y 22 de enero de 2014, rec. núm. 1305/2011 (LA LEY 900/2014)) 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 (LA LEY 90239/2014), con cita de las SSTs 21 de noviembre 2008 en rec. Núm. 1131/06 (LA LEY 184732/2008), 6 de marzo de 2013 en rec. Núm. 868/11 (LA LEY 30423/2013), 24 de febrero de 2014 en rec. núm. 229/11 (LA LEY 6926/2014) 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)».

Y así no se revisa en la sentencia 267/2014, de 21 de mayo, fundamento de derecho 3.º, apartado 2, porque «[la cuantía] *no es arbitraria ni ridícula*» aunque sea «*opinable*». Y la «valoración estimativa» —en el daño moral no cabe una prueba objetiva sobre tal daño— descansa en criterios de «prudente arbitrio» que se aplican conforme a las circunstancias y que no deben apartarse de los que contempla el art. 9.3 LOPH (LA LEY 1139/1982): así, las sentencias 12/2014, de 22 de enero, fundamento de derecho 7.º, apartado 2; 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018), fundamento de derecho 2.º, apartado 2; 613/2018, de 7 de noviembre (LA LEY 163487/2018), fundamento de derecho 2.º; 388/2018, de 21 de junio (LA LEY 72324/2018), fundamento de derecho 2.º, apartado 2; 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020), fundamento de derecho 2.º; y 16/2022, de 13 de enero (LA LEY 2241/2022), fundamento de derecho 2.º, apartado 3.

Por otro lado, si la presunción *iuris et de iure* de daño moral obliga a fijar un daño indemnizable, la:

«circunstancia 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, con atención a los parámetros fijados en el art. 9.3 de la LO 1/1982 (LA LEY 1139/1982)» y por tanto se trata «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 (LA LEY 2500/1978), ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (LA LEY 1139/1982), de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio».

Así la Sentencia 854/2021, de 24 de noviembre, fundamento de derecho 6.º —que cita, como la Sentencia 672/2014, de 19 de noviembre (LA LEY 175700/2014), fundamento de derecho 5.º,

apartado 4, a la Sentencia 964/2000, de 19 de octubre (LA LEY 11041/2000)—. Véanse también las Sentencias 312/2014, de 5 de junio (LA LEY 68743/2014); 68/2016, de 15 de febrero, fundamento de derecho 5.º, apartado 3 y 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020), fundamento de derecho 2.º

2. No son admisibles las indemnizaciones «simbólicas»

La explicación principal, que se conecta con la jurisprudencia constitucional —STC 186/2001, de 17 de septiembre (LA LEY 8594/2001)—, estriba en que los derechos fundamentales deben ser protegidos como derechos reales y efectivos. Si se admitieran este tipo de indemnizaciones (o, por ser más exactos, de cuantía) se convertiría la garantía jurisdiccional de esos derechos en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1 (LA LEY 2500/1978), 1.1 y 53.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y su correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego.

Así la Sentencia 696/2014, de 4 de diciembre (LA LEY 176211/2014), fundamento de derecho 3.º, apartados 2 y 3 señala (7) :

[2] «Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala afirma que hay que respetar en casación la cuantía acordada por el tribunal de instancia salvo que este no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82 (LA LEY 1139/1982) (sentencias de 21 de noviembre de 2008, en recurso núm. 1131/06 (LA LEY 184732/2008), y 6 de marzo de 2013, en recurso núm. 868/11 (LA LEY 30423/2013), y sentencia núm. 229/2014, de 30 de abril entre otras muchas). Pero también ha afirmado que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre (LA LEY 247075/2011), "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 (LA LEY 8594/2001), FJ 8)".

[3] *La indemnización de 300 euros fijada en la instancia debe considerarse meramente simbólica, con los actuales parámetros sociales y económicos.*

Es claramente insuficiente para reparar una intromisión ilegítima en el derecho al honor producida por la inclusión indebida de los datos del demandante en un registro de morosos. Como afirman tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, se trata de una indemnización disuasoria no para quien ha causado la intromisión ilegítima en el derecho al honor, sino para quien la ha sufrido, pues una indemnización que no cubre ni de lejos los gastos necesarios para entablar un proceso disuade a los perjudicados de solicitar la tutela judicial de sus derechos fundamentales. Y, como efecto negativo añadido, desincentiva también la adopción de pautas de conducta más profesionales y serias en las empresas responsables de ficheros de morosos, puesto que les resulta más barato pagar indemnizaciones simbólicas que mejorar sus estructuras organizativas y adoptar pautas de conducta más rigurosas en la comprobación de la concurrencia de los requisitos necesarios para incluir los datos en un registro de morosos que respeten las exigencias del principio de calidad de los datos contenido en la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos personales (art. 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007), art. 4 y, en relación específica a los registros sobre solvencia patrimonial, 29.4 LOPD).

Lo expuesto lleva a considerar que la fijación de una indemnización de 300 euros por la inclusión de los datos del demandante en un registro de morosos infringe el art. 9.3 LO 1/1982 (LA LEY 1139/1982)».

La indemnización simbólica, dice el Tribunal, tiene un «efecto disuasorio inverso» para el dañado puesto que (8) :

«No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyan indebidamente datos 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 la demanda no es completa».

Cabe hacer en este punto tres observaciones respecto a las costas. Por un lado, si se estima la pretensión de defensa del honor o, en fin, se declara la intromisión ilícita, se habrá producido la estimación esencial o sustancial de la demanda puesto que la indemnización es «consecuencia

necesaria» al presumirse *iuris et de iure* el daño padecido, y esa estimación seguirá siendo sustancial aunque después se condene por una suma distinta a la pedida (doctrina de la estimación sustancial que es de especial aplicación en acciones indemnizatorias, Sentencia 788/2022, de 17 de noviembre (LA LEY 276687/2022), fundamento de derecho 6.º).

Por otro lado, aunque el principio de efectividad tenga su propia sede normativa puede traerse aquí —en materia de derechos fundamentales su efectividad es una exigencia imperativa— como argumento adicional lo siguiente: no tendría sentido, no sería eficaz, un mecanismo que dificultara o, en la práctica, impidiera el ejercicio de las acciones de defensa y que justifica justamente que sean inaceptables las indemnizaciones simbólicas como acabamos de ver —así, la STC 186/2001, de 17 de septiembre (LA LEY 8594/2001), fundamento jurídico 8.º— y que también deben justificar la condena en costas en caso de controversias o divergencias sobre la cuantía del daño.

Por último, si el deudor disfruta de justicia gratuita no hay disuasión para él: así la Sentencia 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018), fundamento de derecho 4.º

3. La cuantía de la indemnización depende de las circunstancias que concurran

El artículo 9.3 LOPH (LA LEY 1139/1982) considera que la determinación de la cuantía de la indemnización debe atender «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». La jurisprudencia ha perfilado estas circunstancias y así debe considerarse: (9)

- 1.** La actividad económica del afectado (Sentencia 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018)).
- 2.** La duración de la inclusión indebida en el fichero, asunto que se conecta con la calificación del daño padecido como «continuado» (Sentencias 65/2015, de 12 de mayo (LA LEY 59350/2015), fundamento de derecho 7.º, apartado 11 y 569/2019, de 7 de julio, fundamento de derecho 3.º, apartado 4, si bien en este último caso *obiter dicta*).
- 3.** El número de consultas hechas al fichero por terceros, esto es, la «divulgación» o difusión, que se vincula a la afectación del honor en su aspecto externo u objetivo, esto es, respecto a la «consideración de los demás» (sentencia 81/2015, de 18 de febrero (LA LEY 10067/2015), fundamento de derecho 5.º).
- 4.** La necesidad que haya tenido el deudor de reclamar la tutela judicial en razón de sus intentos infructuosos de lograr la exclusión del fichero, intentos que pueden devenir en una lucha «kafkiana» (Sentencia 696/2014, de 4 de diciembre (LA LEY 176211/2014), apartado

4) que ocasione quebranto y angustia al deudor. O por la infundada oposición del acreedor o del titular del fichero —o, en otras palabras su «empecinamiento»— en tanto tienen el dominio sobre la inclusión, puesto que, en cualquier momento les cabe proceder a la cancelación (sentencia 569/2019, de 7 de noviembre, fundamento de derecho 3.º, apartado 4) que también se expresa en la falta de información sobre las razones de la inclusión o de respuesta frente a las reclamaciones o alegaciones hechas por el deudor.

5. No es relevante para fijar el alcance de la indemnización la cuantía de la deuda, puesto que lo que importa es la intromisión, y así «la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral» y por tanto no hay ninguna regla de proporcionalidad entre cuantía de la deuda y daño —la gravedad de la lesión se desconecta del importe de la deuda— (Sentencias 672/2014, de 19 de noviembre (LA LEY 175700/2014), fundamento de derecho 4.º, apartado 8 y 81/2015, de 18 de febrero (LA LEY 10067/2015), fundamento de derecho 5.º, apartado 7).

6. Tampoco es relevante que la inclusión no haya impedido efectivamente el acceso al crédito (Sentencias 388/2018, de 21 de junio (LA LEY 72324/2018), fundamento de derecho 3.º, apartado 7 y 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020), fundamento de derecho 2.º, apartado 4). Basta con que sea apta para ello; así la Sentencia 81/2015, de 18 de febrero (LA LEY 10067/2015), fundamento de derecho 5.º, apartado 8:

«la inclusión de sus datos en los registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia del demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas tales como las de telefonía o seguros, sectores a los que se dedican las empresas que consultaron los registros de morosos».

De este modo se impiden zonas de impunidad en razón de la cuantía y también se centra la «gravedad» de la lesión en la afección del honor en sus aspectos interno y externo. La inclusión indebida en el fichero *«afecta directamente a su dignidad, interna o subjetivamente, atentando a su propia estimación, e igualmente les alcanza, externa u objetivamente, en la consideración de los demás, ya que se trata de la imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que menoscaba su fama, como aspecto externo»* (Sentencia 312/2014, de 5 de junio (LA LEY 68743/2014), fundamento de derecho 4.º, apartado 5).

7. Para establecer la cuantía de la indemnización no sirve cuál haya sido la sanción administrativa que haya merecido la misma conducta por las agencias de protección de

datos, en razón de que tienen finalidades distintas. Así la sentencia 81/2015, de 18 de febrero (LA LEY 10067/2015), fundamento de derecho 5.º, apartado 10:

«La sanción administrativa por la vulneración de la normativa de protección de datos tiene una finalidad punitiva y disuasoria distinta de la resarcitoria a que responde la indemnización de daños y perjuicios. Por esa razón, las cantidades a que ascienden una y otra pueden ser muy diferentes sin que ello suponga infracción de las reglas determinantes de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios».

8. No es seguro que sirva para fijar la cuantía el lapso que medie entre la inclusión en el fichero y la defensa del deudor lesionado (sentencia 388/2018, de 21 de junio (LA LEY 72324/2018), fundamento de derecho 3.º, apartado 5) aun cuando el ejercicio tempestivo — o próximo a la lesión— lo haga especialmente merecedor de protección.

9. Para que se fije una cuantía elevada deben concurrir circunstancias excepcionales, en particular relativas a la difusión y a la gravedad de la intromisión: así se puede deducir de la Sentencia 312/2014, de 5 de junio (LA LEY 68743/2014), fundamento de derecho 5.º, apartado 5 (condena a 12.000 frente a los 60.000 pedidos).

4. La indemnización puede establecerse «por contraste»

La indemnización por «contraste» tiene por objeto confrontar la indemnización estimada con las establecidas en otros casos similares para determinar si resulta exagerada o desacorde. Así las Sentencias 16/2022, de 13 de enero (LA LEY 2241/2022), fundamento de derecho 2.º y 80/2022, de 2 de febrero (LA LEY 7424/2022), fundamento de derecho 2.º

En rigor, no es un argumento adicional ni se ofrece por el tribunal una razón para justificar su pertinencia —que se da por supuesta— sino que sencillamente se emplea como criterio o elemento para juzgar la «adecuación o inadecuación» de la indemnización establecida. La razón estriba, creemos, por una parte en la exigencia de igualdad ante la ley (en casos similares la indemnización debe ser semejante, pese a la naturaleza subjetivo concreta de la indemnización entre nosotros. Por otra, en imperativos de seguridad jurídica: debe existir una cuantía «previsible» en las indemnizaciones, que guarde la debida proporción con las circunstancias. La previsibilidad solo se logra si se enlazan casos semejantes con efectos también semejantes.

No obstante, las sentencias hacen una comparación entre «importes» o sumas pero no se compara la « semejanza de las respectivas circunstancias» ni tampoco si alguna de ellas merece alguna preponderancia, como pudiera suceder, por ejemplo, con el tiempo de inclusión en el fichero.

En alguna ocasión el Tribunal reputa que la asignación de una cuantía semejante permite descartar la «arbitrariedad». Así la sentencia 237/2019, de 23 de abril (LA LEY 45614/2019), fundamento de derecho 4.º, apartado 6, en el que acepta la indemnización fijada por la Audiencia (3.000 euros en lugar de 10.000) porque es «acorde con lo mantenido por la sala en sentencias sobre indemnización por daños morales (sentencias 388/2018, de 21 de julio; 604/2018, de 6 de noviembre y 613/2018, de 7 de noviembre (LA LEY 163487/2018)) por lo que no se puede concluir una valoración arbitraria de la doctrina de la sala».

Si examinamos con algún detalle la doctrina de la sala obtenemos las siguientes conclusiones:

- 1.** La exigencia de congruencia de la sentencia obliga a tomar como límite máximo lo pedido por el dañado, cubra o no el importe que se considera adecuado: sentencias 226/2012, de 9 de abril (LA LEY 46528/2012); 176/2013, de 6 de marzo (LA LEY 30423/2013); 12/2014, de 22 de enero (LA LEY 4065/2014); 672/2014, de 19 de noviembre (LA LEY 175700/2014); 746/2015, de 22 de diciembre (LA LEY 196615/2015); 261/2017, de 26 de abril (LA LEY 32299/2017); 854/2021, de 24 de noviembre; y 80/2022, 2 de febrero (LA LEY 7424/2022). Le parezca o no al Tribunal expresa o implícitamente «poco»: sentencia 388/2018, de 21 de junio (LA LEY 72324/2018).
- 2.** Si la sentencia de apelación ofrece una motivación razonable —ni es arbitraria ni ridícula, como dice la sentencia 176/2013, de 6 de marzo (LA LEY 30423/2013); ni tampoco simbólica, como hemos visto, *supra* III.2.^a— no se rebate la reducción de la indemnización que se hubiera hecho ni para aumentarla (sentencias 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018); y 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020)) ni tampoco para menguarla por considerarla excesiva (sentencia 16/2022, de 13 de enero (LA LEY 2241/2022)).
- 3.** En muchas ocasiones el Tribunal argumenta sobre la ponderación adecuada que ha hecho la sentencia recurrida respecto al daño indemnizable y así, sin rebatir el importe, enuncia las circunstancias y elementos que determinan la importancia del daño y la prelación de unas circunstancias sobre otras (sentencias 12/2014, de 22 de enero; 68/2016, de 16 de febrero (LA LEY 6404/2016); 237/2019, de 23 de abril (LA LEY 45614/2019); y 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020)).

4. A partir de veintidós sentencias estimatorias podemos señalar que la cuantía se fija en la banda 3.000-12.000 euros sobre todo: 10.000 (5); 3.000 (3); 6.000 (3); 5.000 (2); 12.000 (2); 1.800 (1); 2.000 (1); 7.000 (1); 8.000 (1); 9.000 (1).

5. La cifra que más veces se estima es la «pedida» en la demanda, con independencia de la cifra: 9 casos de 22. Como hemos dicho no hay un enlace expreso entre las circunstancias y la cuantía, de manera que pueda predecirse en razón de aquellas cuál sea el importe de la indemnización.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y NO POCOS INTERROGANTES

La indemnización de los daños morales es siempre un escenario «difícil» que se agudiza en este caso por dos circunstancias. Por un lado, porque está comprometido un derecho fundamental, el derecho al honor del deudor, con su imperativo de efectividad. Por otro, por su conexión con la tutela del derecho de crédito —que se nutre de muy diferentes instrumentos— y el mercado de la información sobre la solvencia de los deudores.

De este modo, solo nos atrevemos a formular algunos interrogantes desde la convicción de que una buena descripción del problema es la mejor manera de afrontar su solución.

1. La dificultad para determinar la cuantía del daño moral es evidente, puesto que no tiene, a diferencia de los daños patrimoniales, un mercado de referencia —o criterios que por aproximación sirvan para valorar o monetizar el daño— pero, lo que sí es cierto —y es un lugar común, más o menos explícito— es que la dificultad en acreditar la cuantía o su misma existencia no puede ser en ventaja del dañante, que tendrá entonces, incentivos para mantener su conducta (al modo del dolo eventual, asumirá los daños probables) puesto que gozaría de una escapatoria probatoria para no adoptar medidas más cuidadosas para evitar el daño.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado para estos casos una función disuasoria para la indemnización del daño moral que no goza del respaldo legal que sí tiene, como hemos visto, el caso de los artículos 179.3 (LA LEY 19110/2011), 182 (LA LEY 19110/2011) y 183 LJS (LA LEY 19110/2011) —de alcance, por otro lado, discutible y que en su desarrollo tiene un evidente alcance punitivo, *supra* II.2—.

3. Las indemnizaciones disuasorias no resarcen el daño padecido en concreto por la víctima (probablemente le sobrecompensan), sino que advierten al dañante de los efectos de su conducta repetida y, por ende, se alejan de la naturaleza subjetivo concreta de la indemnización, para transformarse más en una sanción, pero al margen de las reglas propias del Derecho sancionador.

4. Tal vez habría que examinar si es esta la sede oportuna para una política de prevención del uso ilícito de los ficheros de morosos y también cuáles son las razones de que fracasen las medidas administrativas de control y represión y si esto es o no examinado por el propio legislador.

La función disuasoria tiene un componente de prevención general que quizá tenga mejor acomodo en normas de control «a priori» y no, como son las relativas a la indemnización del daño, «a posteriori». O, en otros términos, deberíamos preguntarnos si las indemnizaciones disuasorias son un incentivo adecuado o bien alimentan un uso inapropiado (o tal vez simplemente perverso) del ejercicio de acciones de protección del derecho al honor.

5. En la fronda de las normas sobre protección de datos no parece que haya una preocupación especial por el único sector que suscita, en la jurisdicción civil, controversia.

6. La enumeración de las circunstancias que perfilan la indemnización o el recurso a la indemnización por contraste son buenos elementos para procurar la previsibilidad de las decisiones judiciales, que, por otra parte, no es tan exigente porque la parte que sufre la incertidumbre es, a la vez, a la que le es imputable la lesión al derecho al honor. Las circunstancias que rodean la lesión son determinantes y tal vez debería existir una argumentación más detallada sobre cuáles son preponderantes y cuáles no y cuál es la guía más o menos segura para ponderarlas y fijar la indemnización debida.

7. ¿Es racional un baremo de daños morales? Así el baremo de accidentes «comprende el daño moral»: Título IV y Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (LA LEY 1459/2004), *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículos a motor*. Aunque en nuestro caso, no se asocia el daño moral a un daño «corporal» posiblemente fuera razonable un baremo.

Cabría establecer un daño mínimo y las circunstancias o elementos (duración de la inclusión; tardanza en la cancelación después de una petición acreditadamente fundada; número de consultas, *supra* III.3.^a) que son de sencilla ponderación cuantitativa. Los baremos, no obstante, monetizan el riesgo y permiten a los acreedores profesionales calcular y pulverizar sus consecuencias.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACCIARI, Hugo y IRIGOYEN, Matías: «Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición», *El daño moral y su cuantificación*, Fernando Gómez Pomar / Ignacio Marín García (coords.), Bosch Wolters Kruger, Barcelona, 2017, pp. 157-197.

BASOZABAL ARRUE, Xabier: «Daños y enriquecimiento injustificado en Derecho español. Especial referencia a la propiedad inmaterial», 2022.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, volumen 1, Joaquín Ataz / José Antonio Cobacho (coords.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1393-1438.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *El escándalo del daño moral*, Thomson Cívitas, Madrid, 2008.

GILI SALDAÑA, Marian / AZAGRA MALO, Albert Azagra: «Ruleta indemnizatoria y tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 42/2006, de 13 de febrero (LA LEY 371/2006)», *Indret* 4(2006).

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Concepto de daño moral», *El daño moral y su cuantificación*, Fernando Gómez Pomar / Ignacio Marín García (coords.), Bosch Wolters Kruger, Barcelona, 2017, pp. 29-71.

GÓMEZ POMAR, Fernando: «Daño moral», *Indret* 1 (2000).

GÓMEZ POMAR, Fernando y PENALVA ZUASTI, José: «Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (Análisis económico del derecho)», *El daño moral y su cuantificación*, Fernando Gómez Pomar / Ignacio Marín García (coords.), Bosch Wolters Kruger, Barcelona, 2017, pp. 73-105.

MARTÍNEZ PARRONDO, Aránzazu: «Estudio jurisprudencial del daño moral», *Los Derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030 (LA LEY 22464/2015)*, Elena García-Antón (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 315-338.

OLIVA, Francisco / DIAS PEREIRA, André Gonçalo / VIGLIANISI FERRARO, Angelo (eds.): *El daño moral en España, Italia y Portugal*, Aracne Editrice, 2019.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «El daño moral y su aseguramiento», *Responsabilidad civil y seguro: cuestiones actuales*, Mariano José Herrador Guardia (dir.), Francis Lefevre, 2018, pp. 941-989.

LA LEY adquiere todos los derechos de explotación de la obra y tendrá plena libertad para ejercerlos, incluyendo hacerlo por si misma o a través de otras personas físicas o jurídicas o entidades. También tendrá plena libertad para decidir las formas de reproducción de dicha obra, que podrá efectuar tanto en forma de libro (de hojas intercambiables o no), como en soporte informático, electrónico o magnético, tanto en CD ROM, como en sistema on line, DVD o Internet, etc. Asimismo, tendrá derecho a decidir la presentación de la obra (formato, tamaño, etc.), su posible reproducción en forma resumida, abreviada, comprendida o integrada en otras obras o colecciones, total o parcialmente. LA LEY está facultada para decidir la edición, publicación y venta de la obra y sus actualizaciones a todo el mundo, a traducirla a cualquier idioma, así como a realizar cuantas ediciones considere convenientes. Lo anterior no será de aplicación en los casos en los que se haya firmado con el autor un contrato específico de edición.

La difusión pública por cualquier medio (páginas webs, blogs, newsletter, repositorios universitarios, redes sociales...) de los trabajos publicados en *Actualidad Civil* deberá ser autorizada expresamente por LA LEY.

(1)

Fecha de recepción del artículo: 2 de enero. Fecha de aceptación del artículo: 9 de enero.

(2)

Sobre el daño moral, véanse: Gómez Pomar, Fernando: «Daño moral», *Indret* 1 (2000); Gili Saldaña, Marian / Azagra Malo, Albert: «Ruleta indemnizatoria y tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 42/2006, de 13 de febrero (LA LEY 3711/2006)», *Indret* 4(2006); Díez-Picazo, Luis: *El escándalo del daño moral*, Thomson Cívitas, Madrid, 2008; los trabajos que comprende el libro colectivo *El daño moral y su cuantificación*, Fernando Gómez Pomar / Ignacio Marín García (coords.), Bosch Wolters Kruger, Barcelona, 2017, en particular los de Gómez Ligüerre, Carlos («Concepto de daño moral», pp. 29-71) de Gómez Pomar, Fernando y Penalva Zuasti, José («Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (Análisis económico del derecho)», pp. 73-105) y Acciarri, Hugo y Irigoyen, Matías («Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición», pp. 157-197). En general de los trabajos de la «parte especial» se deduce la notable disparidad al tiempo de fijar la cuantía del daño moral en los distintos casos, disparidad que priva de racionalidad —entendida como previsión o posibilidad de predecir la respuesta— a su régimen. Véanse también Ramos González, Sonia: «El daño moral y su aseguramiento», *Responsabilidad civil y seguro: cuestiones actuales*, Mariano José Herrador Guardia (dir.), Francis Lefevre,

2018, pp. 941-989; los trabajos que contiene *El daño moral en España, Italia y Portugal*, Francisco Oliva / André Gonçalo Dias Pereira / Angelo Viglianisi Ferraro (eds.), Aracne Editrice, 2019; Cavanillas Múgica, Santiago: «Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, volumen 1, Joaquín Ataz / José Antonio Cobacho (coords.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1393-1438; y Martínez Parrondo, Aránzazu: «Estudio jurisprudencial del daño moral», *Los Derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030 (LA LEY 22464/2015)*, Elena García-Antón (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 315-338.

(3)

Tiene un contenido prácticamente igual el artículo 27 de la *Ley 5/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación* que, después de declarar que la persona que cause discriminación debe reparar el daño causado, establece: *acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas previstas en la ley 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*. Sobre este precepto, Fernando Peña López, http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Que_dano_moral_se_presumeFPena.pdf, 13 septiembre 2022.

(4)

Así decía en el Preámbulo, *sub XXXI* lo siguiente: *Finalmente, entre las reformas que se realizan con ocasión de esta modificación del Código Penal figura también —en la línea de protección de las víctimas de delitos que la caracteriza— la introducción de una tutela civil específica de los derechos de éstas. No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que*

*la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982 (LA LEY 1139/1982), permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos. Lo cierto es que hay un espacio indefinido entre la acción de daños y la *condictio* por intromisión: véase Xavier Basozabal Arrue: «Daños y enriquecimiento injustificado en Derecho español. Especial referencia a la propiedad inmaterial», 2022.*

(5)

No consideramos aquí los problemas referidos a la *Central de Información de Riesgos* del Banco de España, véase la sentencia 312/2014, de 5 de junio (LA LEY 95022/2014), fundamento de derecho 4, apartados 2 y 3.

(6)

Comentada por Ángel Arias Domínguez: *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL) 6 (2022). Sigue a las anteriores sentencias de la sala 4.^a, 179/2022, de 23 de febrero (comentada por José Luis Monereo Pérez: RJL 3 [2022]) y 214/2022, de 9 de marzo (comentada por Belén García Romero: RJL 4 [2022]).

(7)

Como antes hiciera la Sentencia 386/2011, de 12 de diciembre (LA LEY 247075/2011) y luego las Sentencias 65/2015, de 12 de mayo (LA LEY 59350/2015), fundamento de derecho 7.º, apartado 11; 237/2019, de 23 de abril (LA LEY 45614/2019), fundamento de derecho 2.º; 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020), fundamento de derecho 2.º; 699/2020, de 14 de octubre, fundamento de derecho 10.º; y 16/2022, de 13 de enero (LA LEY 2241/2022), fundamento de derecho 2.º, apartado 3.

(8)

Exponen también este efecto de disuasión inversa, entre otras, las Sentencias 696/2014, de 4 de diciembre (LA LEY 176211/2014), fundamento de derecho 3.º, apartados 2 y 3; 512/2017, de 21 de septiembre (LA LEY 129958/2017); 388/2018, de 21 de junio (LA LEY 72324/2018); 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018); 237/2019, de 23 de abril

(LA LEY 45614/2019), fundamento de derecho 2.º; 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020), fundamento de derecho 2.º; 699/2021, de 14 de octubre (LA LEY 178229/2021), fundamento de derecho 2.º, apartado 5; 854/2021, de 24 de noviembre, fundamento de derecho 6.º y 80/2022, de 2 de febrero (LA LEY 7424/2022), fundamento de derecho 2.º, apartado 4.

(9)

Recogen varias de estas, las sentencias 312/2014, de 5 de junio (LA LEY 68743/2014), fundamento de derecho 5.º; 81/2015, de 18 de febrero (LA LEY 10067/2015), fundamento de derecho 5.º; 604/2018, de 6 de noviembre (LA LEY 163486/2018), fundamento de derecho 3.º; 130/2020, de 27 de febrero (LA LEY 5816/2020), fundamento de derecho 2.º; 854/2021, de 24 de noviembre, fundamento de derecho 11.º; y la 826/2022, de 24 de noviembre (LA LEY 285227/2022).