

RECURSO DE APELACION -000422/2016

SENTENCIAN° 526/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN 2

Ilmos. Sres:

Presidente

Magistrados

En VALENCIA a veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho.

En el recurso núm. AP-422/2016, interpuesto como parte apelante Dña. , Dña. y Dña. , representada por el Procurador Dña. y defendida por el Letrado D. contra "Sentencia 50/2016, de 10 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante, por la que desestima recurso frente a resolución del Excmo. y Mgfc. Rector de la Universidad de Alicante (dictada, por delegación de firma, por la Vicerrectora de Planificación Económica), de fecha 26 marzo 2015 (en el expediente nº 257/2014-R), por la que se desestima expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en la preceptiva vía administrativa previa por la ahora parte recurrente en fecha 7 de agosto de 2014. En la demanda solicitaba: (1) 300.000 € por vulneración de los derechos fundamentales; (2) 59.045,65 € por lesiones daños personales y secuelas; 50.000 a cada una de sus hijas ".

Habiendo sido parte en autos como parte apelada UNIVERSIDAD DE ALICANTE, representada por el Procurador y dirigida por el Letrado y Magistrado ponente Ilmo. Sr.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Dictada resolución que se ha reseñado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la parte que se consideró perjudicó perjudicada por la resolución interpuso el correspondiente recurso de apelación Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que

verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO. - La representación de la parte apelada contestó el recurso, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO. - No Habiéndose recibido el recurso a prueba, quedó el rollo de apelación pendiente para votación y fallo.

CUARTO. - Se señaló la votación para el día trece de noviembre de de dos mil dieciocho.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte apelante Dña., representada por el Procurador Dña. y defendida por el Letrado D. contra "Sentencia 50/2016, de 10 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante, por la que desestima recurso frente a resolución del Excmo. y Mgfc. Rector de la Universidad de Alicante (dictada, por delegación de firma, por la Vicerrectora de Planificación Económica), de fecha 26 marzo 2015 (en el expediente nº 257/2014-R), por la que se desestima expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en la preceptiva vía administrativa previa por la ahora parte recurrente en fecha 7 de agosto de 2014. En la demanda solicitaba: (1) 300.000 € por vulneración de los derechos fundamentales; (2) 59.045,65 € por lesiones daños personales y secuelas; 50.000 €".

SEGUNDO. - Para la resolución del caso examinado debemos partir de los siguientes puntos de hecho:

1. El presente proceso tiene como precedente la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala nº 571/2013 (rec. 282/2012), de dos de octubre de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

(...)1.-ESTIMAR, DE FORMA PARCIAL, el recurso de apelación interpuesto por , Y contra la sentencia 555/2011, de 20 de diciembre, que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Alicante ha dictado en el proceso 361/2011.

La decisión judicial a quo desestima la pretensión de invalidez

jurídica que las apelantes articularon contra (en términos de la parte dispositiva de la sentencia de 20/12/2011):

"... la inactividad de la Administración demandada respecto de la petición realizada por la parte actora en fecha 15 de marzo de 2011 que vulneraría los derechos fundamentales de la recurrente y sus hijos menores de edad al honor, intimidad y propia imagen".

2.-ESTABLECER la falta de conformidad a Derecho de esta resolución judicial.

3.-ANULAR la actuación administrativa seguida por la Universidad de Alicante ha seguido, actuación consistente en no adoptar medidas de filtrado de correos electrónicos y bloqueo de páginas web a su disposición.

Las medidas le fueron solicitados por la apelante el día 21 de abril de 2010 - y, luego, en ocasiones sucesivas, incluida la falta de contestación a esa solicitud de 15 de marzo de 2011: "acuerde adoptar todas las medidas técnicas para impedir...".

4.-ESTABLECER que la Universidad de Alicante ha transgredido, con esta falta de actuación, los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen(artículo 18 Constitución Española) de la actora y de -

5.-ESTABLECER que la vulneración de la Carta magna pivota sobre la conducta pasiva de la Universidad de Alicante, quien disponiendo de medios técnicos (informáticos) para hacerlo, no puso en práctica las medidas que habría excluido/limitado en gran forma la continuidad en el daño al acervo de derechos básicos de las recurrentes.

6.-ESTABLECER que la Universidad de Alicante habrá de adoptar, en un término máximo de dos meses a contar desde el momento en el que la sentencia de la Sala se notifique a su representante procesal en el recurso de apelación 282/2012, unas medidas de:

- filtrado, por palabras clave, de los correos electrónicos dirigidos al dominio "ua.es";

-bloqueo de las páginas "web" también por palabras clave, dirigidas a ese dominio, con el objeto de evitar la continuidad en la recepción de correos que transgreden el acervo de derechos fundamentales de

El filtrado se hará a través de la combinación de esas palabras tan específicas que indica el informe de 20/05/2011 del perito ingeniero informático D. :

"... todos ellos tienen contenido en común: determinadas expresiones sobre la P(incluidas variaciones sobre su nombre y el de sus hijas), palabras inusuales como " y enlaces a las páginas web que el autor de mensajes ha creado como (...) (...)"

La Universidad de Alicante ha de acreditar, dentro de este plazo, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 3 de Alicante - que es el encargado de velar por la correcta ejecución de lo que dispone el fallo de la sentencia de la Sala -, el efectivo cumplimiento de las medidas sin necesidad de esperar al requerimiento del mismo.

7. -NO EFECTUAR imposición de las costas procesales causadas en los autos a ninguno de los litigantes.(...).

2. A raíz de la sentencia, cuyo fallo se acaba de transcribir, con fecha 22 de agosto de 2014, las apelantes formularon reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Universidad de Alicante por los daños sufridos a causa de la no adopción por la Universidad de medidas de filtrado de correos electrónicos y páginas web con transgresión de los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (imputación de graves delitos y atribución de fotomontajes de contenido vejatorio) procedentes presuntamente -según la apelante- de su hermano con las facultades psíquicas mermadas.

3. Seguido por sus trámites, con fecha 5 de marzo de 2015, el Consejo Jurídico Consultivo emite el dictamen 149/2015 que estableció la responsabilidad patrimonial de la Administración de la siguiente forma:

a) Toma como días de baja los fijados en el informe pericial del médico D.:

-Baja hospitalaria, un día.

-Días improductivos entre 2010 y 2012 (éste último año 9 días) 271.

-Días improductivos 2012 a 2014, 811 días.

-Total 40.101,42 €

-Secuelas 11 puntos a razón de 789,87 €, 8688,57 €

Total días/secuelas 59.045,65

b) Daño moral 50.000 € para la solicitante y 25.000 para cada una de las hijas.

4. Seguido por sus trámites, se desestima la reclamación en vía administrativa.

5. No conforme la solicitante, se interpone recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Alicante siendo turnado al Juzgado n° 3 (PO 250/2015). Seguido por sus trámites, con fecha 10 de febrero de

2016, se dicta la sentencia n° 50/2016 en sentido desestimatorio.

6. La sentencia del Juzgado, analiza la conducta de la Universidad de Alicante y desestima con base a los siguientes elementos probatorios:

1º) *La existencia de una Resolución judicial que, en primera instancia, concluyó que la Universidad de Alicante había actuado conforme a derecho, adoptando medidas para atender a los requerimientos de la parte actora, dentro de lo jurídico y en lo técnicamente posible (Sentencia n° 525/2011, de 20 de diciembre, del JCA3 de Alicante).*

2º) *El hecho de que el TSJ, a la hora de revocar el fallo de instancia y concluir que las medidas propuestas por la ahora recurrente no tenían susceptibilidad bastante para repercutir sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, tuvo que realizar una meditada ponderación de los intereses en juego.*

3º) *La propia cautela con la que la Sentencia del TSJ en la Comunidad Valenciana se pronuncia sobre la actuación de la Universidad, destacando expresamente la "dificultad intrínseca de asignar a la Universidad de Alicante el despliegue de una conducta contraria a Derecho, cuando la actuación ha sido puesta en práctica por un tercero con el que esta Corporación no tiene vínculo alguno" lo que excluye de raíz la existencia de un comportamiento arbitrario o irrazonable.*

4º) *La disparidad de criterios técnicos sobre la viabilidad de las medidas solicitadas por la parte recurrente, pues no existe unanimidad en la opinión de los informáticos sobre la posibilidad, por ejemplo, de dejar inaccesible determinadas webs desde la red de la Universidad. Así consta de manera expresa en el Informe del servicio de informática de la Universidad de Alicante, obrante al folio 644 del expediente.*

5º) *El hecho de que tampoco el juez del Orden penal, a la que la parte actora pidió determinadas medidas cautelares de filtrado de correos, formulara requerimiento alguno a la Universidad de Alicante.*

6º) *La circunstancia de que las medidas de filtrado que ordenó establecer la sentencia sólo pudieron ser conocidas a raíz de la prueba pericial practicada en el recurso de instancia; y por tanto, en un momento posterior a aquel en que pudieron ser aplicadas. Las alegaciones de la contestación sobre el Informe obrante al folio 341 del expediente no hacen sino confirmar el anterior aserto, pues ese Informe se emitió el 19 de mayo de 2011 (6 meses después de solicitarse la adopción de medidas) y no fue hasta la Sentencia del TSJ en la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2013 cuando se declaró la obligación de llevarlas a efecto.*

7º) *En todo caso, debe señalarse también la extrema dificultad de la decisión que tuvo que adoptar la Universidad de Alicante, que hubo de ponderar entre dos derechos fundamentales igualmente respetables (el de la parte recurrente y el derecho del resto de la comunidad universitaria al secreto de las comunicaciones). Al respecto, debe señalarse también que en ese momento no existía precedente de una actuación similar; y la UA tuvo que tomar una delicada decisión que hubiera afectado, cualquiera que hubiera sido su signo, a los derechos fundamentales de una sola*

persona (la recurrente) o de toda una colectividad (la comunidad universitaria).

Frente a los motivos señalados no cabe oponer ni el tenor del fallo de la Sentencia del TSJ en la Comunidad Valenciana ni la gravedad de las agresiones sufridas por la reclamante, que son los dos únicos alegatos que contiene la demanda. En este sentido, debemos dar la razón a la Universidad de Alicante cuando señala que la parte actora confunde la lesión de un derecho fundamental (declarada expresamente la Sentencia del TSJ) con la existencia de antijuridicidad del daño, cuando evidentemente se trata de dos cuestiones distintas. La gravedad del acoso informático sufrido es un extremo que la Universidad de Alicante no niega, pero que es evidente que no puede ser imputable a la Universidad de Alicante, sino a un tercero ajeno a la propia comunidad universitaria, un tercero que es el único autor y emisor de los mensajes injuriosos, sin que esto tenga nada que ver con la antijuridicidad del daño.

7. En cuanto a la valoración de las pruebas clave, en el fundamento de derecho quinto nos dice:

1º) En primer lugar, el certificado de la Universidad de Alicante acredita únicamente los períodos en los que la Sra. estuvo de baja (desde). El certificado no indica el motivo de la baja, y mucho menos si estos períodos de baja fueron ocasionados por la falta de adopción por parte de la Universidad de Alicante de las medidas que habrían excluido o limitar la difusión de los mensajes vejatorios contra la interesada. Por lo tanto, no pueden ser acogidos ni dárseles valor probatorio de los perjuicios reclamados.

2º) Lo mismo cabe decir del Informe médico de parte acompañado como Documento nº 1 a la reclamación en la vía administrativa previa: Su valor probatorio es nulo porque las exploraciones fueron realizadas en los meses de diciembre de 2013 a julio de 2014, es decir, en fecha posterior a los hechos supuestamente causantes de los perjuicios reclamados (desde el 10 de noviembre de 2010 hasta el 19 de diciembre de 2013; fecha esta última en la que la Universidad comunicó Juzgado la aplicación de los filtros, página 552 del expediente).

TERCERO.- Los motivos del recurso de apelación:

1. Nulidad de la sentencia por falta de abstención del Juzgado por haber superado en 2015 las pruebas de acceso a profesor asociado en el departamento de
2. Infracción del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 en relación con el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada.
3. Infracción del art. 141 de la Ley 30/1992, al interpretar la sentencia que el daño no es antijurídico.
4. Ruptura del nexo causal por intervención de tercero.
5. infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
6. Erróneo análisis de las pruebas practicadas en relación: (1) con la

patología previa de la ; (2) por la actuación de la demandante que presentó querrela criminal el 7 de marzo de 2011 y la jurisdicción penal no adoptó medida cautelar alguna; (3) del Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo; (4) falta de acreditación del daño y relación de causalidad.

7. Análisis de los daños y lesiones sufridas por la apelante y bases de la cuantificación.

CUARTO-La primera cuestión a dilucidar será la falta de abstención del Juzgador de instancia por el hecho de haber tomado parte en un concurso para profesor asociado de la Facultad de Alicante. Vamos a rechazar la causa de abstención propuesta, el hecho de haber tomado parte en un concurso para profesor asociado de la Facultad incluso ser profesor de la Universidad de Alicante no es motivo de abstención, no vemos en qué forma, modo y manera ha podido condicionar la actuación del Juzgado. Se desestima el alegato.

QUINTO- Respecto a 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 fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada, el precepto nos dice:

(...)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(...).

La diferencia del precepto en relación con el art. 142.4 de la Ley 30/1992 es clara, mientras éste parte de la premisa que la mera anulación de un acto administrativo no genera derecho de la indemnización, el art. 9.3 parece establece una presunción de lesión que sería indemnizable en todo caso, procedemos a examinar la jurisprudencia existente al respecto.

La Sala Primera del Tribunal Supremo avala la tesis de la parte apelante. Acreditada la intromisión ilegítima y vulneración de la Ley Orgánica 1/1982 debemos partir de la presunción de lesión que comprendería los daños materiales y morales (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (fd 8) de 20 de julio de 2018-rec. 2355/2017), (fd 2) 21 de junio de 2018-rec. 5199/2018-rec. 5199/2017 o 5 de junio de 2014-rec. 3303/2014 que, en su fundamento de derecho quinto punto 3, establece que el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 recoge una presunción "iuris et de iure", esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, y fija los criterios para valorar el daño moral. En cuanto a la indemnización:

(...) La indemnización se extiende al daño moral y se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Dada la presunción iuris et de iure 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, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. No son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. Debe valorarse el grado de divulgación del dato. También será 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. La escasa cuantía de la deuda no disminuye el daño moral(...).

Los parámetros que ha establecido el Juzgado en su sentencia pueden servirnos para modular la indemnización en modo alguno para excluirla, en este sentido procede revocar la sentencia por interpretación errónea del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982.

SEXTO- Entrando en el tema de la indemnización, tanto la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala n° 571/2013 (rec. 282/2012), como la Universidad de Alicante en primera instancia y recurso de apelación, señalan que el causante de los trastornos personales, familiares y morales que ha sufrido la familia de la parte apelante tienen su origen en actividad desplegada por un tercero (sospechaba de su propio hermano como recoge la sentencia de esta Sala), la vulneración se ha producido por no adoptar las medidas necesarias para limitar o excluir sus efectos. También vamos a tomar en consideración que el rectorado recibe informe en 2010 sobre las consecuencias negativas de incidir sobre las páginas web y el hecho de que la jurisdicción penal en 2011 no adoptase ninguna medida cautelar que pudiera poner fin a la situación que estaba viviendo la familia apelante, lo que exigía en su informe al rectorado el servicio de informática. En este contexto, vamos a indemnizar los daños personales asumiendo el dictamen de D. :

- Baja hospitalaria, un día.
- Días improductivos entre 2010 y 2012 (éste último año 9 días) 271.
- Días improductivos 2012 a 2014, 811 días.
- Total 40.101,42 €
- Secuelas 11 puntos a razón de 789,87 €, 8688,57 €
- Total días/secuelas 59.045,65.

A la hora de finar la indemnización, tomamos en consideración que la apelante estuvo de baja los años 2005 y 2006, periodos que desde luego aumentaron desde 2009 en que comienza a recibir los correos electrónicos; asimismo, en el dato señalado que no podemos hacer recaer en la Universidad de Alicante la total indemnización dados los factores señalados y asumidos de la propia sentencia del Juzgado, fijamos la indemnización en el 25 por ciento, es decir, 14.781,41 €.

Respecto a los daños morales, los tenemos que fijar a nuestro prudente arbitrio y, tomando en consideración los factores que hemos señalado:

a)	12.000 €
b)	6.000 €
c)	6.000 €

SEPTIMO.-De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, no procede imponer las costas al tratarse de una estimación parcial del recurso. Todo ello sin expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso planteado por Dña. contra "Sentencia 50/2016, de 10 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante, por la que desestima recurso frente a resolución del Excmo. y Mgfc. Rector de la Universidad de Alicante (dictada, por delegación de firma, por la Vicerrectora de Planificación Económica), de fecha 26 marzo 2015 (en el expediente nº 257/2014-R), por la que se desestima expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en la preceptiva vía administrativa previa por la ahora parte recurrente en fecha 7 de agosto de 2014. En la demanda solicitaba: (1) 300.000 € por vulneración de los derechos fundamentales; (2) 59.045,65 € por lesiones daños personales y secuelas; 50.000 a cada una de s". SE REVOCA LA SENTENCIA APELADA, en su lugar, SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO Y SE FIJA COMO INDEMNIZACIÓN TOTAL la cantidad de 38.781,41 € que se desglosa: a) en 26.781 €, b) 6.000 €, c) en 6.000 €, cantidades que devengarán el interés legal desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Todo ello sin expresa condena en costas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia una vez firme la presente resolución.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo

los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

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

PUBLICACION. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,