ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 PRAVIA

PZA. MARQUESA DE LA CASA VALDES S/N
Teléfono: 985.82.06.07, Fax: 985.82.28.17
Correo electrónico:

Equipo/usuario: TFS
Modelo: S40000

N.I.G.: 33051 41 1 2020 0000445
ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000381 /2020
Procedimiento origen: /
Sobre OTRAS MATERIAS
DEMANDANTE [redacted]
Procurador/a [redacted]
Abogado/a [redacted]
DEMANDADO D/ña. LIBERBANK SA
Procurador/a [redacted]
Abogado/a [redacted]

S E N T E N C I A N° 190/2021

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000381 /2020.

JUEZ QUE LA DICTA: [redacted]
Lugar: PRAVIA.
Fecha: uno de septiembre de dos mil veintiuno.

Demandante: [redacted]. Abogado: [redacted]. Procurador: [redacted].

Demandado: LIBERBANK SA. Abogado: [redacted]. Procurador: [redacted].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la Procuradora de los tribunales doña [redacted] en la representación citada, se presentó demanda de juicio ordinario el 31 de agosto de 2020, ejercitando una acción principal destinada a la tutela de su derecho al honor, siendo el suplico de la demanda del tenor literal siguiente:

a) Declare la estimación de todas las pretensiones de esta demanda reconociendo por parte de la demandada una vulneración del derecho al honor de la parte actora [redacted].

PRINCIPADO DE ASTURIAS

b) Declare que LIBERBANK S.A. mantuvo indebidamente en los registros de solvencia patrimonial EXPERIAN-BADEXCUG datos relativos a mi representada.
c) Declare la intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de [redacted] por parte de LIBERBANK S.A. y se le condene a estar y pasar por ello.
d) Condene a la demandada LIBERBANK, S.A. al pago de una indemnización por daño moral genérico causado a [redacted] de CUATRO MIL QUINIENTOS EUROS; o alternativamente la cuantía que su Señoría estime pertinente atendiendo a las circunstancias del caso, dado que la cuantificación del derecho al honor es un concepto de difícil precisión, respetando siempre el criterio establecido por el Tribunal Supremo de que las indemnizaciones no puede ser simbólicas.
e) LIBERBANK S.A. para reparar el daño causado tendrá que realizar todos los actos necesarios para excluir a la parte actora de fichero de morosos en el que se haya incluido de manera indebida y se encuentre inmersa a día de hoy, hecho que ha incidido directamente en la vulneración del derecho al honor que se pretende reparar.
f) Condene a LIBERBANK S.A. al pago de los intereses legales correspondientes y costas derivadas de este proceso.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado quien contestó por escrito de 11 DE DICIEMBRE DE 2020 solicitando la íntegra desestimación de la demanda. Por su parte, el Ministerio Fiscal también presentó contestación a la demanda en tiempo y forma.

TERCERO. Con fecha 2 DE MARZO DE 2021 de 2021 se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes, todas ellas se ratificaron en sus respectivos escritos. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la grabación levantada al efecto.

CUARTO. Recibida contestación al oficio librado, se dio traslado a las partes para presentar conclusiones por escrito, con el resultado que obra en autos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La demanda presentada recoge el ejercicio de una acción tendente a la protección del honor del actor quien, según él, fue incluido en un fichero de morosos cuando no concurrían los requisitos para ello. Por su parte, la entidad demandada, reconoce dicha inclusión, como demuestra la prueba documental practicada, si bien defiende que se cumplieron todos los requisitos para ello y, por tanto, este es el primer punto que debemos de analizar.

En este sentido, podemos citar la Sentencia núm. 16/2017 de 6 de febrero de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, que establece dichos requisitos: "*Teniendo en cuenta las pretensiones deducidas por la parte actora en su demanda debemos comenzar por indicar que la inclusión de datos personales en un fichero de incumplimiento de obligaciones dinerarias, como acaece en el supuesto que nos ocupa, debe respetar la normativa de protección de datos de carácter personal, como se ha venido constante y reiteradamente indicando por nuestro Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, pudiendo citar al efecto la sentencia de 1 de Marzo de 2016 en la que se citan otras muchas resoluciones anteriores.*

Por esta razón, la regulación de la protección de datos de carácter personal es determinante para decidir si la afectación del derecho al honor, en el caso de inclusión de los datos del afectado en un "registro de morosos", constituye o no una intromisión ilegítima, puesto que si el tratamiento de los datos ha sido acorde con las exigencias de dicha legislación, es decir, si el afectado ha sido incluido correctamente en el "registro de morosos", no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima.

Lo expuesto determina que haya que examinar cómo se regula en nuestro ordenamiento la protección de datos de carácter personal.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058) de Protección de Datos de carácter personal establece que "solo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos".

Los artículos 38 y 39 del Decreto 1720/2007 que desarrolla la Ley de Protección de Datos exigen para la inclusión en los ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado; la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible que haya resultado impagada y que se haya requerido de pago al deudor informándole que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos

previstos, los datos relativos a tal impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.
Sentada la precedente doctrina jurisprudencial la primera de las cuestiones objeto de debate es la relativa a la veracidad de la información facilitada por la demandada e incluida en dichos ficheros. Lo que exige, consecuentemente, la cumplida acreditación de que, al tiempo de aquella inclusión, el demandante había incumplido la obligación de pago de una deuda cierta -esto es, que su importe se encontraba clara y perfectamente determinado-, vencida -esto es, que hubiere transcurrido ya el plazo establecido para su cumplimiento- y exigible -esto es, que su cumplimiento podía ser legalmente exigido e impuesto, de modo inmediato, por el acreedor".
En aplicación del principio de calidad de datos que inspira la normativa sobre protección de datos de carácter personal cuando se trata de ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca e indudable y ello ocurre en este caso a la vista de la documental aportada por la demandada y las propias afirmaciones que hace la actora en su demanda.

SEGUNDO. Pero es que no se ha cumplido íntegramente con las exigencias de notificación y advertencia de inclusión en el fichero de morosos que se añaden a la existencia de la deuda. Los artículos 38 y 39 RD 1720/2007 (RCL 2008, 150) , el acreedor deberá informar al deudor, en el momento en el que se celebre el contrato y en todo caso al tiempo de efectuar el requerimiento de pago previsto en el art 38 1 c) de dicho Reglamento que caso de no producirse el pago en el plazo previsto para ello, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Y es que con ello se persigue evitar que cualquier persona sea incorporada a esos registros, cuando a ellos sólo deben acceder las personas que de forma consciente, deliberada, incumplan obligaciones a pecuniarias, bien por su situación de insolvencia económica o bien por mantener una postura hostil, recalcitrante al cumplimiento de las obligaciones que asumen y, en este caso, la demandada no aporta contrato alguno que incluya dicha advertencia.

En cuanto a los requerimientos posteriores la demandada se apoya en la documental que le ha facilitado la mercantil EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO S.A. y que certificaría que no hay constancia de devolución, si bien, este tipo de comunicaciones no colma la exigencia de un requerimiento en debida forma, como ha reiterado la jurisprudencia. Por ejemplo, así lo recoge la Sentencia núm. 63/2018 de 5 de febrero de la Sección

7ª de la Audiencia provincial de Asturias: "*A tal efecto, hemos de recordar que es criterio de esta Sala (entre otras, Sentencias de fecha 17 de mayo y 20 de junio de 2016 , 7 y 20 de abril , 18 de mayo , 30 de junio y 4 de octubre de 2017) que con la documental reseñada no se cumple la exigencia de acreditación del requerimiento previo, que pudo ser probado con facilidad a través del servicio de correos o por medios fehacientes de prueba que demuestren tanto el contenido de la comunicación -en lo que afecta al requerimiento previo de pago a la inclusión en el registro del deudor-, como que le fue remitida la notificación a su domicilio y las circunstancias de su recepción. Señalando: "Es cierto que ni la normativa, ni las resoluciones citadas exigen que el requerimiento sea fehaciente, más tampoco debe olvidarse que la acreditación de dicho requerimiento incumbe en este caso a la apelante, por lo que la cuestión se sitúa en un problema de prueba y de valoración de dicha documental, y por ello la determinación de si constituye un indicio suficiente para considerar como cumplido el requisito, y en el supuesto de autos nos inclinamos por afirmar su insuficiencia teniendo presente: en primer lugar, y a diferencia del supuesto contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2013 , no obra en autos un informe pericial, que en aquel caso fue emitido por un perito con la titulación de ingeniero superior de telecomunicaciones, que certifique que existe un sistema automático de emisión de notificaciones cada vez que se produce un impago, el cual genera una carta que se envía a la dirección del deudor que figura en el fichero de datos personales..."*
Requisito cuyo incumplimiento es trascendente, como declara la STS de 22 de diciembre de 2015 , citada en nuestras Sentencias de 30 de mayo , 15 y 22 de junio y 4 de octubre de 2017 , precisando que no se trata de un simple requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa; sino que responde a que la finalidad de que el fichero no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado y que con dicho requerimiento " se impide que sean incluidos en estos registros personas que por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia ".

También podemos citar por ejemplo la Sentencia núm. 221/2019 de 13 de junio de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias: "Esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre la insuficiencia de actuaciones similares a

las que constan en este proceso para acreditar la realización del requerimiento de pago y advertencia de inclusión en un registro de insolvencia que establecen los arts. 38 y 39 del Reglamento antes citado. El cumplimiento de este presupuesto ha de exigirse con el máximo rigor, acorde con la importancia de los derechos en juego en tanto puede incidir en la vulneración de un derecho fundamental como lo es el derecho al honor de una persona. La norma ha querido conceder una última posibilidad al deudor mediante ese requerimiento a fin de que pueda evitar esa proyección pública de la situación de morosidad. No es la existencia de la deuda en sí misma la que atenta a la estimación y dignidad del deudor, sino el que se haga pública de tal forma que pueda ser conocida por terceros. De ahí que el legislador establezca una serie de filtros, que habrán de cumplirse escrupulosamente, a fin de que sea lícita la inclusión en esos ficheros.

En sentencias de 24 y 29 de noviembre de 2017, 31 de octubre y 19 de noviembre de 2018 ó 17 de mayo del año en curso, entre otras varias, siguiendo la misma pauta que la que viene estableciendo reiteradamente la Sección 7ª de esta Audiencia, ya puso de manifiesto esta Sala la ineficacia a estos efectos de esta vía de acudir a notificaciones masivas, sin reflejar ni el contenido de la comunicación ni si alcanzan o no a su destinatario y, en su caso, las causas por las que no pudo tener éxito. No basta con la sola afirmación genérica de que fue enviada por Correos y no devuelta, lo que certifica, además, una empresa directamente interesada en la corrección de ese procedimiento, como lo es quien gestiona uno de esos ficheros. La relevancia de esta exigencia obliga a acudir a otros medios, por otro lado usuales y al alcance de la parte, como serían los envíos por correos con acuse de recibo, burofax u otros similares, que acrediten suficientemente el contenido de lo que se comunica y su remisión y recepción, o, en su caso, las circunstancias concretas por las que no pudo alcanzar el fin perseguido.

En definitiva, no queda acreditada "la efectiva realización de los envíos", tal y como exige el art. 40 del citado RD 1720/2017".

TERCERO. Una vez acreditado que tampoco se ha cumplido el requisito del previo requerimiento, procede entrar a analizar el importe indemnizatorio solicitado de 4.500 euros.
En relación a los elementos a tener en cuenta, podemos citar la Sentencia núm. 284/2020 de 9 de septiembre de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias, que revoca parcialmente una sentencia dictada en este mismo órgano

judicial, respecto de la misma demandada y en un caso similar, a raíz de un recurso de apelación interpuesto por la parte actora al considerar insuficiente la indemnización concedida:

"Aquietada la demandada a la declaración de que su actuación constituyó intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, el objeto del recurso se ciñe a la indemnización que resarza justamente ese perjuicio y por ello recordaremos que el artículo 9.3 de la L.O 1/1982 prevé que " la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

Como señala la sentencia de 18 de febrero de 2015, este precepto establece una presunción "iuris et (RCL 2015, 1654) de iure" de existencia de perjuicio indemnizable comprensivo del daño moral y 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.

Ciñéndose a estos últimos, la sentencia de 5 de junio de 2014 reitera que la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva significando que a este fin deben tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre , y núm. 12/2014, de 22 de enero) atendiendo a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) , de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio.

Ello no obstante, la sentencia de 4 de diciembre de 2014 indicó expresamente que "Las indemnizaciones simbólicas son disuasorias 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 , art. 4 y, en relación específica a los registros sobre solvencia patrimonial, 29.4 LOPD (RCL 2018, 1629))."

Es así que el tiempo transcurrido desde que se publicó la información lesiva, la singularidad o pluralidad de entidades a quienes se transmitió, el ulterior grado de divulgación hecho por estas últimas y 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 son elementos absolutamente cruciales para cuantificar la indemnización correspondiente (la precitada sentencia de 18 de febrero y de 12 de mayo de 2015, entre las más recientes).

La sentencia de instancia pondera con toda corrección el corto lapso de tiempo durante el que los datos personales del recurrente estuvieron expuestos al público, apenas dos meses, y también que los mismos no llegaron a ser consultados por nadie, de modo que la intromisión careció de divulgación y tampoco tuvo ninguna repercusión patrimonial; es por ello que del mismo modo que deben evitarse indemnizaciones meramente simbólicas, debe también huirse de que la tutela del derecho se convierta en un juego meramente especulativo.

Es así que las normas orientadoras del ilustre colegio de abogados de Oviedo asignaban a este tipo de procesos unos honorarios aproximados de 2.500 €, pero esa magnitud es puesta en cuarentena por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (RCL 2009, 2256) , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, traspuso la Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado

interior, que prohíbe toda " restricción a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas o limitaciones a los descuentos " (art.11. g); en esa misma dirección apuntó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (RCL 2009, 2556) , de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que introduce un nuevo art. 14 a la Ley de 2/1974, de 13 de febrero , sobre Colegios Profesionales, según el cual "(l) os Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta.

Quiere con ello decirse que en la actualidad el precio de los servicios profesionales viene determinado fundamentalmente por las leyes del mercado y en consecuencia correspondía al demandante la carga de probar los honorarios aplicados por los profesionales del lugar en un asunto similar.

Es por el contrario indubitado que los derechos del Procurador para un proceso cuya cuantía fue fijada por las partes en diez mil euros ascienden como mínimo a unos 360 € y en consecuencia el Tribunal considera necesario elevar la indemnización a 4.000 € por lo que estima parcialmente el recurso".

En el caso que nos ocupa, se ha acreditado la inclusión desde el 15 de mayo de 2016, no consta que se haya procedido aún a dar de baja, se aporta certificado de denegación de financiación y no se ha aportado prueba sobre las entidades que habrían consultado sus datos y el número de consultas, si bien, a la vista de la duración de la inclusión y la acreditación de una consecuencia negativa efectiva, se estima prudencial fijar la indemnización en la cantidad solicitada.

CUARTO. La estimación total de la demanda lleva a imponer las costas a la parte demandada.

FALLO

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por doña [redacted] contra la entidad LIBERBANK y, en consecuencia:

Declaro que LIBERBANK S.A. ha cometido una intromisión ilegítima en el honor de [redacted] al mantenerla indebidamente en los registros de solvencia

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

patrimonial EXPERIAN-BADEXCUG, condenándola a estar y pasar por esta declaración.

Condeno a LIBERBANK S.A. al pago de la cantidad de CUATRO MIL QUINIENTOS EUROS (4.500 €) a [redacted], en concepto de indemnización por daños morales por vulneración de su derecho al honor, sin perjuicio de los intereses de los arts. 576 y ss. desde el dictado de esta resolución.

Condeno a LIBERBANK S.A. a realizar cuantos actos sean necesarios para excluir a [redacted] de los ficheros de morosos en que ha sido incluida.

Se hace expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma procede recurso de apelación en los veinte días siguientes a su notificación mediante escrito presentado en este Juzgado, para su conocimiento y resolución por la Audiencia Provincial. Con la advertencia de que el recurso no se admitirá a trámite de no realizarse el depósito en la cuantía y forma que exige la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (B.O.E. de 4-11-2009).

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN- La anterior Sentencia, ha sido leída y publicada por su SSª, el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PRINCIPADO DE ASTURIAS