ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA OVIEDO

SENTENCIA: 00233/2021

Modelo: N10250
C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3 - 3 **Teléfono:** 985968737 **Fax:** 985968740: ENS

N.I.G. 33004 41 1 2020 0002010
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000257 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de AVILES
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000293 /2020

Recurrente: VODAFONE ESPAÑA SAU
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]
Recurrido: MINISTERIO FISCAL, [redacted]
Procurador: , [redacted]
Abogado: , [redacted]

NÚMERO 233

En OVIEDO, a diez de junio de dos mil veintiuno, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por [redacted] Presidente, [redacted] y D. [redacted], ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número 257/21, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 293/20, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de AVILÉS, promovido por VODAFONE ESPAÑA S.A.U, demandado en primera instancia, contra [redacted], demandante en primera instancia, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado [redacted].-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de AVILÉS se dictó Sentencia con fecha diez de marzo de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

PRINCIPADO DE ASTURIAS

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Sra.: [redacted] en nombre y representación de [redacted], contra VODAFONE ESPAÑA, condenando a dicha demandada a estar y pasar por los siguientes pronunciamientos: a.- A estar y pasar por la declaración de que la inclusión del actor en el fichero de morosos ha supuesto una vulneración de su derecho al honor por irregular. B.- A abonar al actor, la suma de 12.000 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. C.- A excluir de los ficheros los datos del actor. D.- Se condena a la demandada al pago de las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día **ocho de junio de dos mil veintiuno**.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró que la demandada había incluido los datos personales de [redacted] en los ficheros de solvencia gestionados por EQUIFAX y EXPERIAN sin cumplir con las correspondientes exigencias, por lo que concluyó en la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor, condenando a la entidad recurrente a abonar la indemnización de 12.000 € en que estimó el daño moral producido a consecuencia de aquella inclusión. Disconforme con esa resolución, apela VODAFONE S.A. para sostener el cumplimiento de aquellas exigencias, negando la aludida intromisión y cuestionando también el importe de la aludida reparación.

SEGUNDO.- Es cierto que, como dice la recurrente, la expresada sentencia no entró en la valoración de uno de los presupuestos a los que se sujeta la presunción de licitud del tratamiento de datos por tales ficheros, que es, a tenor de la norma vigente en el momento de producirse (art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) *b) Que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes*. Sin embargo, debe recordarse que esa presunción se sujeta al cumplimiento simultáneo de todas las condiciones que prevé el precepto, y, por tanto, también que (c) *Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el*

pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe. De manera que, como se venía estableciendo con anterioridad en la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y el Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, basta que no haya mediado esa última exigencia para apreciar la ilegitimidad de la inclusión, recordando que la existencia de ese requerimiento previo, lejos de ser un requisito puramente formal, es un presupuesto sustancial cuya sola inobservancia determina la ilegitimidad de la inclusión, supuesto que tiene por finalidad impedir *que sean incluidas 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. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación*" (STS de 25-4-2019). Por ello, y de constatarse, como hace la sentencia de instancia, que no medió aquel requerimiento –cuya necesidad nadie cuestiona aquí-, sería innecesario valorar si, como dice la recurrente, la deuda derivada del contrato de prestación de servicios de telefonía y televisión, era cierta y exigible.

TERCERO.- La recurrente entiende que con los documentos aportados está acreditada la existencia del aludido requerimiento previo. Sin embargo, no es así.

En efecto, lo que se aporta para justificarla es una carta fechada el día 18 de enero de 2019 en la que pone de manifiesto la deuda y reclama su importe con la advertencia de aquella inclusión. En la información dispensada por las gestoras de esos ficheros se menciona la remisión de tal misiva al domicilio del interesado, sirviéndose para ello de una empresa dedicada al servicio de envíos masivos, y también de una tercera entidad que tiene por objeto la gestión de las devoluciones que puedan producirse. Son esas mismas entidades las que certifican que no consta cualquier incidencia con el envío de esa comunicación, pero también que, como es evidente, lo que no pueden certificar es la efectiva recepción, por más que una de ellas se preste a establecer la presunción de que, no constando incidencia alguna, habría de suponerse esa entrega. Y esto es algo que, sin embargo, no cabe aceptar cuando ese procedimiento en ningún caso garantiza de manera cierta que la entrega en el destino se haya llevado a efecto. Así lo ha venido señalando esta Sala de manera repetida para situaciones similares, en sentencias como las de 24 y 29-11-2017, 31-10-2018, 19-11-2019, 20-1-2020, hasta llegar a la más reciente de 8-4-2021, recordando que, por más que no sea exigible una forma concreta para realizar aquel requerimiento, sí es necesario en todo caso que la utilizada permita tener por probado que el destinatario tuvo o pudo tener efectivo conocimiento del mismo. Y eso es algo que no ocurre en un envío masivo como el citado, en el que, con independencia de que ni siquiera el número de la carta de autos está comprendido en el rango de las que figuran en la certificación de aquella empresa de servicios, no puede afirmarse la efectiva recepción de la indicada carta. Y la ausencia de prueba

sobre la recepción es algo que no cabe suplir con la simple afirmación de que no consta la devolución, cuando son desde luego múltiples y variadas las razones por las que una misiva enviada por correo ordinario puede no alcanzar su destino final

Y, en definitiva, ese criterio ha sido refrendado en la STS de 11-12-2020, en la que se explica:

"La cuestión jurídica controvertida reside en determinar si puede considerarse que hubo o no previo requerimiento de pago. La Audiencia Provincial de Asturias no considera cumplido este requisito porque lo que se acredita es un envío masivo de notificaciones a los deudores, pero no se acredita la recepción por el destinatario. Al no constar devuelta la carta no prueba la recepción, según indica la Audiencia, quien considera que la recurrente disponía de mecanismos adecuados para acreditar que ha realizado el requerimiento de pago, tales como el envío con acuse de recibo, telegrama, correo electrónico acreditando el envío, o similares. Frente a esta postura, la recurrente considera que el envío es suficiente para acreditar el requerimiento de pago.

Esta sala en sentencia 13/2013, de 29 de enero, entendió que se había producido el requerimiento, considerando como argumento principal, que la notificación se había efectuado con anterioridad a la inclusión en el fichero de morosos mediante envío postal, sin fehaciencia en la recepción, pero entendía indiciariamente justificado el recibo de la notificación, dado que posteriormente se recibieron en el mismo domicilio telegramas de cuya recepción hay constancia.

El supuesto al que hace referencia la mencionada sentencia de esta sala, es diferente de la actual, pues en aquel concurrían otros documentos (telegramas) de los que deducía el conocimiento por el deudor del requerimiento efectuado.
En el presente recurso se alega la infracción del art. 38.1. c) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de protección de datos, y esta sala debe declarar que se ha efectuado una correcta interpretación del mismo por el Tribunal de apelación, dado que el mero envío del requerimiento de pago, por vía postal, no acredita la recepción del mismo, por lo que no se puede entender efectuado el preceptivo requerimiento de pago, previo a la inclusión en el fichero de morosos.

En este sentido la sentencia 563/2019, de 23 de octubre, se declara:

"En la sentencia 740/2015, de 22 diciembre, hemos declarado que el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que 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. Con la práctica de

este requerimiento se impide que sean incluidas 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. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación".
Por lo expuesto, procede desestimar el motivo, declarando que no se efectuó correctamente el requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero de morosos dado que no consta garantía de recepción de la referida reclamación (sentencia 129/2020, de 27 de febrero)".

Por lo que, en conclusión, ha de confirmarse el pronunciamiento de la instancia de que, ante la ausencia de ese presupuesto, aquella inclusión comporta la intromisión ilegítima que declaró, siendo innecesario, como ya se ha dicho, entrar en la condición añadida de la existencia de una deuda cierta y exigible como la que invoca la recurrente.

CUARTO.- Por lo que concierne al alcance de la indemnización, el 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 establece 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". Se recoge, así y como recuerdan las SSTS de 16-2-2016, 26-4-2017 o 21-6-2018 "*una presunción iuris et de iure [establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario] de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, como es el caso del tratamiento de datos personales en un registro de morosos sin cumplir las exigencias que establece la LOPD, que habrá de incluir el daño moral, entendido como aquel que 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*".

Y como también señalan esas resoluciones, "*en estos supuestos de inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para calibrar este segundo aspecto ha de verse la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la*

empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos...//...También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por el proceso más o menos complicado que haya tenido que seguir el afectado para la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados". Para concluir, en definitiva, que "*Se trata por tanto de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución , ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , de 5 de mayo, de protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio*", circunstancias en las que se comprenden (así, SSTS de 12-5-2015 o 4-12-2014) además de las mencionadas, "*el tiempo que los demandantes han permanecido incluidos como morosos en el fichero, la difusión que han tenido estos datos mediante su comunicación a quienes lo han consultado, y lo "kafkiano" de la situación (incidencias de las gestiones realizadas ante los responsables de los ficheros sin que las mismas hayan obtenido resultado, mayor o menor diligencia de los responsables del tratamiento en dar respuesta a los requerimientos del afectado, grado de inteligibilidad de las comunicaciones remitidas al afectado, etc) por el quebranto y la angustia que conlleva*".

Pues bien, lo que resulta de la prueba es que: - los datos del afectado permanecieron de alta en el fichero gestionado por EXPERIAN entre los días 24 de febrero de 2019 y 14 de julio de 2020; y, en el de EQUIFAX entre el 21 de febrero de 2019 y el 14 de julio de 2020. Lo que hace un total de prácticamente diecisiete meses, no el año a que alude la sentencia y la recurrente; - en esos periodos los ficheros fueron consultados por un total de hasta veinte entidades (bancarias, de servicios y de seguros) distintas, sin que haya trascendido el motivo de esas consultas, varias de ellas repetidas, a las que se sumaron otras automáticas de carácter periódico; - pese a que el perjudicado sostiene que, junto con las circunstancias valoradas por la sentencia de instancia, habría que añadir las relativas a la denegación de un crédito destinado a sufragar los gastos de una primera comunión, lo cierto es que los documentos que aportó a esos fines no son suficientes para acreditar ese hecho, pues, en uno de los casos lo único que figura es un documento que detalla la gestión de la información de uno de aquellos ficheros expedido por una entidad bancaria, en la que ninguna mención existe de esa solicitud de crédito; y el otro, de un "estudio" con el que una entidad financiera –que, efectivamente y pese a lo que dice la recurrente, sí consta en aquella relación de consultas- pone de manifiesto la imposibilidad de continuar con aquel "con la información que nos ha facilitado" en un proceso cuyo contenido se ignora por completo. Y en este apartado no puede dejar de señalarse el censurable proceder del apelado al reproducir en el escrito de oposición al recurso el contenido de unos documentos que no forman parte del material probatorio aportado a los autos; - en fin, las

gestiones que constan efectuadas para solventar la situación producida por aquella inclusión se limitan a sendas comunicaciones cursadas ya por la propia defensa letrada del interesado en el mes de marzo de 2020.

En esas circunstancias, debe señalarse, como hacíamos en nuestra sentencia de 17-3-2021, que en supuestos en los que existió una divulgación relevante y cierta permanencia en el tiempo, esta Sala ha otorgado indemnizaciones en torno a los 8.000-7.000 € (sentencias de 31 de octubre y 19 de noviembre de 2018 y 13 de marzo y 23 de abril de 2019), mientras que el Tribunal Supremo establecía 7.500 € en la de 22 de diciembre de 2015 y 8.000€ en la de 21 de octubre de 2017, en ambos casos por la inclusión en dos ficheros con importante número de consultas. Por lo que, en suma, las condiciones expuestas llevan a considerar ponderada y ajustada a aquellas circunstancias la cantidad de 7.000 €.

Se impone, en consecuencia, y con estimación parcial del recurso, limitar la indemnización al importe expresado, lo que se traduce, además, en la revocación del pronunciamiento sobre costas de la instancia, al quedar acogida parcialmente la demanda (art. 394.2° de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en unos términos que, en todo caso y pese a lo que sostiene el afectado, no pueden considerarse equiparables a la estimación sustancial , pues aquí no existe una leve diferencia (cfr., así, STS de 14-12-2015 y sentencias de esta Sala de 9-3-2021 o 4-6-2020) en términos cuantitativos entre la cantidad postulada y la finalmente reconocida.

QUINTO.- Lo expuesto comporta que cada parte ha de soportar las costas causadas a su instancia en la tramitación de este recurso (art. 398.2° de la Ley procesal citada).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

F A L L O

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A. frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Avilés de 10 de marzo de 2021, recaída en los autos de juicio ordinario n° 293/2020, que se revoca parcialmente en el sentido de: - reducir a 7.000 € la indemnización que debe satisfacer dicha recurrente, con el aumento del interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda, y el previsto por el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la referida sentencia; y, - no hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia. Con confirmación de sus restantes pronunciamientos.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Sin pronunciamiento en cuanto a las costas derivadas de la tramitación de este recurso

Devuélvase el depósito constituido por la apelante para la interposición del recurso.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de VEINTE DÍAS ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.

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

LOS MAGISTRADOS LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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