ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA
OVIEDO

00261/2021

Modelo: N10250
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4° PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757
Correo electrónico:

N.I.G. 33004 41 1 2020 0002645
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000209 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de AVILES
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000382 /2020

Recurrente: ORANGE ESPAGNE SAU
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]
Recurrido: [redacted]
Procurador: [redacted],
Abogado: [redacted],

RECURSO DE APELACION (LECN) 209/21

En OVIEDO, a Cinco de julio de dos mil veintiuno. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. [redacted], Presidente; D. [redacted] y [redacted], Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N° 261/21

En el Rollo de apelación núm. 209/21, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario derecho al honor, que con el número 382/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Avilés siendo apelante **ORANGE ESPAGNE SAU** demandado en primera instancia, representada por el Procuradora [redacted] y asistida por el Letrado [redacted]

PRINCIPADO DE ASTURIAS

[redacted]; como parte apelada [redacted], demandante en primera instancia, representado por la Procuradora [redacted] y asistido por la Letrada [redacted]; y el **MINISTERIO FISCAL** en la representación que le es propia; **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado** [redacted].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés dictó Sentencia en fecha 04.02.21, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales [redacted], en nombre y representación de D. [redacted], sobre derecho al honor, frente a ORANGE ESPAGNE, S.A.U., representada por la Procuradora de los Tribunales [redacted], en la que ha intervenido el Ministerio Fiscal,*

***DEBO DECLARAR Y DECLARO** que la demandada, ha cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen del demandante,*

***CONDENANDO** a la entidad demandada al pago al actor de la cantidad de DOCE MIL EUROS, (12.000€), en concepto de daño moral, más intereses legales devengados de dicha cantidad.*

Las costas procesales ocasionadas se imponen a la parte demandada. "

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a

esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29.06.21.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda de protección del honor interpuesta por el actor, al amparo del artículo 20 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, 38 del Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, y art. 9.2 de la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor y jurisprudencia que los interpreta, que tenía como fundamento la inclusión del citado en el registro ASNEF cuyo responsable es EQUIFAX, por una deuda informada por Orange Espagne SAU por importe de 310,20 €, acordando el abono de una indemnización en concepto de daño moral de 12.000 € y la cancelación de los datos informados a dicho registro.

Se razona en la misma en apoyo de tal pronunciamiento que no concurría el requisito del requerimiento previo de pago con aviso de inclusión por no constar la recepción por el actor de comunicación alguna en tal sentido.

Recurre tal pronunciamiento la entidad demandada, en cuyo escrito de interposición, la impugnación se centra en denunciar la existencia de un error en la valoración de la prueba sobre el cumplimiento del requerimiento previo, y subsidiariamente en la cuantía de la indemnización, reputando la reclamada en la demanda y acogida en la recurrida, excesiva

a las circunstancias del caso, por lo que postuló su minoración.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que "la LOPD descansa en principios de prudencia, ponderación y veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud. Cuando se trata de ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago.

Por tal razón la inclusión de una persona en un "registro de morosos", sin que concurra veracidad, constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor en los términos de la Ley Orgánica 1/1982, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta contra su propia estimación. La inclusión de los datos de clientes en ese tipo de registros es "una práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se presenta abusiva y arbitraria".

Es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un

grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, ese daño patrimonial además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LPDH".

En el supuesto que nos ocupa la sentencia de instancia da por probada la deuda y toma como ratio decidendi que por el contrario no se ha demostrado la notificación del requerimiento de pago con apercibimiento de inclusión que el acreedor debería haber hecho antes de exponer públicamente la mora del deudor; el recurso se endereza exclusivamente a combatir esta segunda afirmación y por tanto abordaremos directamente este extremo.

TERCERO.- La conocida sentencia núm. 740/2015, de 22 diciembre, del TS ha sido reiterada en la más reciente de 25 de abril de 2019 significando que el requerimiento previo de pago al deudor con advertencia de su inclusión en alguno de los ficheros que nos ocupan no es simplemente un requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa porque los ficheros automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias no son 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".

Este Tribunal ya ha expuesto en otras resoluciones su criterio sobre la admisibilidad de los procesos de reclamación en serie y valiéndose de auxiliares externos, siempre y cuando se garantice que la comunicación es dirigida individualmente al deudor, se corresponde con la deuda derivada de su contrato, ha sido enviada al domicilio señalado en este, y no constare la devolución.

Entendíamos a este respecto que la Ley no exige la efectiva recepción de la notificación por el destinatario, antes bien bastará que la misma solo dependa de actuación voluntaria del citado, dado que esa naturaleza recepticia del acto de comunicación implica en sí misma una colaboración del notificado que debe aceptarla o recogerla, de modo que si así no lo hace, estando en su mano hacerlo, ha de estimarse cumplido este requisito; en consecuencia cuando la notificación se frustra por culpa del destinatario, que por la razón que sea se muda de domicilio sin advertir al acreedor o, permaneciendo en él, simplemente se resiste a recoger la notificación, debe entenderse cumplido dicho trámite siempre que se haya desplegado la diligencia normal exigible para llevarla a cabo, pues en otro caso resultaría que se impediría al acreedor exigir su crédito frente al deudor incumplidor, cuya tutela judicial no es superior a la propia del acreedor.

Esa línea argumental fue desarrollada en nuestra sentencia de 14 de diciembre de 2018, Rollo 490/2018, en la que, haciéndonos eco de lo que indicaba la AGENCIA ESTATAL DE PROTECCION DE DATOS, -organismo que es la autoridad de control estatal competente para velar por el cumplimiento de la

normativa de protección de datos de carácter personal- debía acreditarse en primer lugar la emisión de carta referenciada e individualizada a nombre y dirección postal del deudor con detalle de la deuda y advertencia de que su impago puede ocasionar la inclusión en ficheros de morosidad ". En segundo lugar debía aportarse "certificado de tercera entidad independiente que acredite la generación e impresión de la carta y presentada ante el gestor "postal". En tercer lugar sería necesario acompañar el documento del correspondiente gestor postal que acredite su recepción para su tramitación/ distribución ".En cuarto y último lugar el acreedor deberá incluir un "certificado de control auditable de devolución de la carta por tercera entidad independiente en el que se acredite que no consta como devuelta o en su caso, como rehusada por el destinatario receptor".

Pues bien, al igual que en el asunto precedente, el acreedor aportó a los autos la carta dirigida al deudor, en la que se hizo constar la misma dirección postal que este consigna en el escrito de demanda, y en la que se le advertía que el contrato celebrado presentaba un saldo deudor rogándole que lo atendiera a la mayor brevedad, utilizando el medio que le resultara más conveniente, e informándole de la posibilidad de que sus datos fueran incluidos en Ficheros de Solvencia Patrimonial.

En nuestra opinión ese documento cumplía el primero de los requisitos formales antes mentados, dando por reproducido cuanto dijimos en aquella resolución sobre la validez del proceso ulterior seguido por el acreedor para hacerlo llegar al apelante porque en definitiva es el mismo utilizado en el presente caso.

Sin embargo la STS de 11 de diciembre de 2020 ha examinado esta misma cuestión precisando que en su sentencia 13/2013, de 29 de enero, había considerado probado 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."

Es así que en el caso que nos ocupa no se ha ofrecido prueba alguna de que el demandante hubiera reconocido la recepción de dicho requerimiento de pago con el apercibimiento de inclusión por lo que se desestima este motivo del recurso y examinaremos seguidamente la protesta causada en relación con la cuantía de la indemnización.

CUARTO.- Recordaremos a este respecto 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 de iure" de existencia de perjuicio indemnizable comprensivo del 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.

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, 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)."

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).

Este Tribunal seguirá en consecuencia esos criterios, bien es verdad que significando que del mismo modo que deben evitarse indemnizaciones meramente simbólicas, debe también huirse de que la tutela del derecho se convierta en una operación meramente especulativa.

Sentado lo que antecede, significaremos que el responsable del tratamiento del fichero certifica que el mismo fue consultado por el [redacted] los días 8 y 9 de octubre de 2019, por lo que la intromisión tuvo escasísima divulgación.

Por otra parte 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, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, traspuso la Directiva 2006/123/ CE 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 , 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 las normas orientadoras carecen de utilidad para probar el precio de los servicios profesionales, que viene determinado fundamentalmente por las leyes del mercado.

Pues bien, dada la actividad desplegada para hacer saber al deudor la próxima inclusión en fichero de solvencia patrimonial,la escasísima divulgación que ha tenido la información publicada a instancia de la demandada y la pronta cancelación del asiento una vez conocida la reticencia del deudor, el Tribunal considera excesiva la indemnización fijada en la instancia por lo que estima parcialmente el recurso reduciéndola a 4.000 €.

QUINTO.- De conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

F A L L O

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés en los autos de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

que este rollo dimana condenamos a la apelante al pago de CUATRO MIL EUROS (4.000 €), que devengará el interés previsto en la recurrida; no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias y devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Así por esta su sentencia contra la que cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación, lo pronuncia, manda y firma el Tribunal.

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