

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA OVIEDO

SENTENCIA: 00275/2021

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

N.I.G. 33004 41 1 2020 0004019

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000325 /2021

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.7 de AVILES

Procedimiento de origen: ORI ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000597 /2020

Recurrente: SEGUROS LAGUN ARO SA

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED], MINISTERIO FISCAL

Procurador: [REDACTED],

Abogado: [REDACTED],

NÚMERO 275

En OVIEDO, a nueve de Julio de dos mil veintiuno, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], Presidente, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y D^a. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **325/2021**, en autos de JUICIO ORDINARIO (Derecho al Honor) Nº 597/2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Avilés, promovido por **SEGUROS LAGUN ARO, S.A.**, demandada en primera instancia, contra [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], demandante en primera instancia, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL** y, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente [REDACTED].-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Avilés se dictó Sentencia con fecha diecinueve de Abril de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por [REDACTED] contra LAGUN ARO S.A:

a) Se declara la estimación parcial de esta demanda reconociendo por parte de la demandada una vulneración del derecho al honor de la parte actora [REDACTED].

b) Se declara que LAGUN ARO, S.A. mantuvo indebidamente en los registros de solvencia patrimonial EXPERIANBADEXCUG datos relativos al actor.

c) Se declara la intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] por parte de LAGUN ARO, S.A. y se le condene a estar pasara por ello.

d) Se condena a la demandada LAGUN ARO S.A. al pago de una indemnización por daño moral genérico causado a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] de 2.500 euros.

e) Se condena LAGUN ARO, S.A. a reparar el daño causado y tendrá que realizar todos los actos necesarios para excluirla 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) Se condena a LAGUN ARO, S.A. al pago de los intereses legales correspondientes desde el emplazamiento a la demandada.

g) No ha lugar a costas.”.-

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 seis de Julio de dos mil veintiuno.-

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], reclamaba en la demanda que se declarase que la entidad demandada, Seguros LAGUN ARO, S.A., había vulnerado su derecho al honor al incorporarle a un registro de morosos y se le condenara a indemnizarle en la suma de 4.500 €. Cuestionaba no tanto la realidad de la deuda como el cumplimiento del requisito de previo requerimiento exigido por la normativa sobre Protección de Datos.

La sentencia de primera instancia, tras hacer un análisis de esa normativa y de la jurisprudencia dictada en la materia, tuvo por cierta la deuda pero entendió que no se habían observado las exigencias necesarias para la debida inclusión en los ficheros de morosos, en concreto en lo relativo al requerimiento previo, y estimó solo en parte la demanda, pues redujo la indemnización a satisfacer a la cantidad de 2.500 €, sin hacer expresa imposición de costas. Únicamente la entidad demandada discrepó de esta resolución, para afirmar, por una parte, el cumplimiento de tales exigencias, y,

subsidiariamente, para cuestionar la cuantía de la indemnización concedida. Debe advertirse que el demandante no impugnó el recurso, por lo que no cabe entrar aquí en el examen de la petición que realiza en el cuerpo del escrito de oposición al recurso (segundo párrafo de la página 14) en el sentido de que se estimen íntegramente sus pretensiones y se impongan a la demandada las costas ocasionadas en la instancia, que además no se compadece con lo que termina suplicando, la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Insiste la recurrente en que observó el requisito del previo requerimiento que impone el art. 38 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Para acreditarlo acompaña una misiva de fecha anterior a la inclusión en el fichero que nada aporta a estos efectos, por un lado, porque no consta que efectivamente fuera enviada y hubiera llegado a su destinatario, y, por otro, porque no contiene un requerimiento de pago ni advertencia de incorporar al demandante a uno de esos registros de insolvencia, sino que se limita a indicar que determinada póliza está pendiente de cobro y solicitar del cliente que aclare lo sucedido. Por otra parte, adjunta documentación expresiva de que una empresa contratada por quien gestiona el fichero, IMPRESE-LASER, S.L., remitió una comunicación a través de Correos, junto a otras que formaban parte de un envío muy numeroso, dirigida al demandante, de la que la propia titular de ese fichero dice que no tiene constancia de que hubiera sido devuelta. No aparece, por el contrario, prueba bastante de que ese envío hubiera llegado a la esfera de disposición del destinatario.

Esta Sala ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de 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 la 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 de 2018, 19 de noviembre de 2019, 20 de enero de 2020 o 9 de marzo de 2021, entre otras varias, destacamos la ineficacia a estos efectos de esta vía de acudir a notificaciones masivas, sin reflejar 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 a través del servicio de 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 con acuse de recibo, burofax, correo electrónico 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, así como la fecha en que tuvo lugar la puesta a disposición del destinatario, para poder determinar si transcurrió el plazo concedido para el pago. Es cierto que la norma no exige una concreta forma para la realización del requerimiento pero sí es necesario, para que pueda ser eficaz, que la utilizada permita concluir que el deudor tuvo o pudo tener efectivo conocimiento del mismo, de tal modo que si no llegó a tener éxito quepa reprocharlo a su falta de colaboración, lo que, como se dice, no es posible afirmar con la utilización de medios como el descrito cuando no concurren otras circunstancias que avalen, de uno u otro modo, su recepción, real o potencial, por el requerido. El envío de una sola carta por correo ordinario cuya recepción es negada, no suele admitirse como acreditativa de una notificación en el ámbito de las relaciones civiles; con mayor razón no cabe atribuirle ese efecto cuando la consecuencia es especialmente grave en tanto incide en uno de los derechos fundamentales de la persona.

Esta doctrina es coincidente con la que viene manteniendo el Tribunal Supremo sobre este concreto particular. La reciente sentencia de 11 de diciembre de 2020, que conocía precisamente de un recurso frente a una sentencia de esta misma Sala que había mantenido idéntica doctrina, ratifica plenamente estas consideraciones. Señala el Alto Tribunal que *"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)".

Es de observar que, además, en este caso, según resulta de la propia manifestación de EXPERIAN, la comunicación dirigida al demandante la recibió el 13 de diciembre de 2018 y la procesó el 16 siguiente, lo que no resulta compatible con el hecho de que esa comunicación a nombre de la demandada lleve fecha posterior, de 18 de igual mes, lo que crea aún más incertidumbre sobre la corrección del procedimiento seguido.

Otras alegaciones que realiza la apelante para justificar un supuesto error en la apreciación de la prueba sobre este punto, tampoco pueden tener acogida. El impreso o plantilla que aparece sin cumplimentar en la página 3 de su documento 5, en el que aparecen las casillas que debe indicar el cartero en caso de que la carta no pudiera ser entregada, sería relevante si el envío hubiera sido con acuse de recibo, pero no siendo así únicamente es expresivo de las actuaciones que debería realizar el empleado de correos en caso de no lograr la entrega, lo que como se dice, no puede considerarse acreditado que hubiera sucedido. No se está ante un documento extendido por dicho empleado, como pretende hacerse valer, sino, simplemente, ante la indicación de lo que debería realizar en caso

de encontrarse con alguna de las circunstancias que se indican en esa plantilla. La realidad es que se desconoce la suerte que tuvo tal envío con relación al demandante, lo que impide aplicar con un mínimo de seguridad las prevenciones que establece la normativa postal según los distintos escenarios que puedan producirse al intentar la entrega de una misiva. Y los indicios que pretende que concurren en este caso, que avalarían que el requerimiento habría llegado a su destinatario, no son tales, pues se limitan a lo ya dicho sobre la remisión de una carta anterior, a la que antes se hizo referencia, a la plantilla a la que se acaba de hacer mención, y a la corrección de los datos referidos al domicilio del actor.

TERCERO.- Sentada, en consecuencia, la indebida incorporación del demandante al registro de insolvencia por el incumplimiento de los presupuestos exigidos para ello, cabe recordar aquí la doctrina fijada por el Tribunal Supremo con relación al alcance de la indemnización a conceder en estos casos. Así, la sentencia de 21 de junio de 2018, con cita de la de 26 de abril de 2017, señala:

"i) El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone 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>>. Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, 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, <<a cuyo efecto ha de 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)>>. 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 acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio>>.

(ii) También ha afirmado la Sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre, <<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 jurisprudencial

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, FJ8)>> (STS 4 de diciembre 2014, rec. núm. 810/2013).

(iii) La 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 valorar este segundo aspecto afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que solo 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 las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados".

CUARTO.- Son datos de interés a estos efectos, acreditados en autos, ya recogidos en la sentencia de instancia, los siguientes: El demandante permaneció incluido en un fichero de insolvencia a instancia de la demandada desde el 20 de enero de 2019 sin que conste la fecha de cancelación de esa anotación, que seguía vigente el 15 de abril de 2020. Durante ese periodo el registro fue consultado en seis ocasiones, por otras tantas entidades diferentes, si bien dos de ellas habían también incluido al demandante como deudor. Nada consta acerca de que le hubiera sido negada financiación por esta causa o sufrido cualquier tipo de perjuicio patrimonial. Poco tiempo después de haber sido dado de alta en el registro de morosos a petición de la apelante, lo fue a instancia de otras tres compañías distintas por otras cuatro deudas. Ya se ha dicho que debe partirse de la certeza de la deuda que el demandante había contraído con la entidad demandada. Y, en fin, tampoco nada se acredita acerca de que el actor hubiera tenido que hacer frente por razón de esta inclusión, o para lograr la cancelación, a gestiones más o menos complejas, ni menos que, de haberlas realizado le hubieran generado alguna clase de quebranto o angustia.

Es de valorar, pues, en este caso que la difusión o divulgación del dato, que es una de las pautas fundamentales a tener en cuenta cuando se trata de cuantificar esta clase de indemnizaciones, a la que expresamente alude el art. 9 de la Ley sobre Protección Civil del Derecho al Honor (Ley Orgánica 1/82), no fue especialmente relevante. También debe destacarse que el demandante hubiera sido incorporado a ese registro por otras deudas, que reflejaban una situación de morosidad también difundida, con la consiguiente afectación a la esfera de protección de su derecho al honor.

Atendiendo a las sumas concedidas tanto por el Tribunal Supremo como por esta Sala en asuntos más o menos similares, estimamos correcta la suma concedida. Así, en supuestos en los que existió una divulgación y permanencia en el tiempo parecidas, aunque sin que ninguno de estos factores fuera de especial consideración, e inclusión en el fichero por otras deudas, esta Sala ha oscilado en otorgar indemnizaciones en torno a los 2.000-3.000 €. Las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 y 20 de febrero de 2019 fijaron la suma a satisfacer en 3.000 €, en casos en que habían mediado varias consultas y la permanencia también había sido próxima a la aquí analizada. La sentencia de esta Sala de 8 de abril del año en curso también la fijó en 3.000 €, en un caso similar; y la de 4 de junio de 2.020 la estableció en 3.500 € en un supuesto también de escasa divulgación pero con un tiempo de permanencia notablemente superior.

Lo que no cabe es pretender, como solicita la recurrente, que se establezca una indemnización de carácter simbólico, expresamente excluida por la jurisprudencia antes citada. No se aprecia, por otra parte, una errónea valoración de la prueba, ni mucho menos que esa valoración sea "irracional" como la llega a calificar la recurrente, sino correcta y ajustada a lo que resulta de lo actuado. Los razonamientos que efectúa la apelante acerca de la escasa cantidad a que ascendía la deuda son irrelevantes, pues también es constante la jurisprudencia expresiva de que no es este un factor determinante de la intromisión en el derecho al honor y perjuicios morales que conlleva. Y, en fin, la pretensión de que la indemnización sea cuantificada en proporción a la cuantía de la deuda y de las demás que figuran en el fichero de morosos, no es acorde con los principios expuestos acerca de cómo debe graduarse su alcance, atendiendo fundamentalmente a las pautas indicadas.

QUINTO.- La desestimación del recurso comporta la imposición a la apelante de las costas aquí causadas (art. 398 LEC).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Seguros Lagun Aro, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Avilés con fecha diecinueve de Abril de dos mil veintiuno, en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 597/2020, confirmando dicha resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas procesales del recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

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 [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] 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.

