



**AUD. PROVINCIAL SECCION QUINTA  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00322/2021

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 00000 362/21

Ilmos. Sres. Magistrados:

██████████ ██████████ ██████████  
██████████ ██████████ ██████████ ██████████  
██

En OVIEDO, a veintiocho de septiembre de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 739/20, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **362/21**, entre partes, como apelante y demandada **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.**, representada por el Procurador ██████████ ██████████ ██████████ y bajo la dirección de la Letrado ██████████ ██████████ ██████████ ██████████, como apelado y demandante ██████████ ██████████ ██████████ representado por la Procuradora ██████████ ██████████ ██████████ la dirección de la Letrado ██████████ ██████████ ██████████ y el **MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha siete de abril de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se **ESTIMA parcialmente** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales ██████████ ██████████ en





representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a Telefónica Móviles, S.A.U. representada por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y

Se declara que el actor ha sufrido una intromisión ilegítima en su honor al ser incluido en el fichero de insolvencia patrimonial Asnef.

Se condena a la demandada a excluir los datos del actor del fichero de insolvencia patrimonial. Se condena a la demandada a abonar al actor 5.000 € en concepto de indemnización por los daños morales causados, junto con los intereses.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”.

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Telefónica Móviles España, S.A. y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En los presentes autos recayó sentencia en la que se estimó parcialmente la demanda formulada por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a Telefónica Móviles España, S.A. declarando que el actor ha sufrido una intromisión ilegítima en su honor al ser incluido en el fichero de insolvencia patrimonial Asnef, condenando a la demandada a excluir los datos del actor del fichero de insolvencia patrimonial y a abonar al actor 5.000 € en concepto de indemnización por daños morales. Frente a esta resolución interpuso la entidad demandada el presente recurso de apelación.

Sostiene el actor que desconocía totalmente tener una deuda con la demandada, habiendo sido incluido por ésta en el





fichero Asnef. Manifiesta que ciertamente desde mediados del año 2.016 tuvo dificultades para la contratación de determinados servicios, pero nunca se le explicó la razón de ello, siendo a principios del año 2.020 cuando al querer solicitar un préstamo para la apertura de un negocio es cuando le dicen que no pueden llegar a cerrar las negociaciones favorablemente porque se encuentra incluido en el fichero Asnef Equifax. Igualmente manifiesta que al saberse incluido por Telefónica Móviles en el referido fichero, recordó que había sido cliente hacía varios años de la demandada, pero no adeuda ninguna cantidad, recordando que se cambió de entidad tras una oferta mejor de otra compañía de telefonía, sin haber tenido problema alguno con la demandada. Por ello se intentó poner en contacto con la misma sin resultado alguno y luego acudió a un despacho de abogados que efectuó un requerimiento a la demandada, contestándole Telefónica Móviles que adeuda por el teléfono móvil que tenía concertado con ella en su momento cuatro facturas, y a pesar de que se le requirió para que enviaran las facturas completas que indican el contrato y las interacciones para poder comprobar si es correcta la reclamación que se hace, nada se le contestó al respecto. Por todo ello, alegando la vulneración del derecho al honor al no haberle sido notificado ni requerido el pago previamente, según estipula la ley, estima el que la cantidad no es cierta ni líquida. Sobre este extremo la Juzgadora "a quo" pone de manifiesto en su sentencia que la demandada, como puso de relieve el actor, se ha limitado a aportar una serie de facturas que no coinciden con el importe final por el que se incluye al actor en el fichero Asnef, cuestión que es admitida por la parte demandada, quien manifiesta que sólo se le incluyó por la deuda relativa al consumo del teléfono, dejando al margen las otras partidas que aparecen en las facturas y que al parecer el deudor no es Telefónica Móviles sino que ésta actúa como intermediaria del acreedor real. También la Juzgadora pone de manifiesto que las facturas recogen diferentes tipos de contrato, sin que se haya justificado cuál fue el contrato suscrito por el actor y las condiciones del mismo, hecho al que la demandada niega cualquier relevancia, considerando determinante que en las facturas se refleja el consumo que había hecho el actor y reitera las cuestiones referidas a la causa de la diferencia entre la cantidad que figura en la factura de 232,58 € y la que se consigna en el fichero de 107,17 €, al igual que sostiene la inexistencia del requerimiento de pago y el exceso de la indemnización.

Expuestos los términos del recurso, efectivamente se comprueban las anomalías denunciadas por la Juzgadora "a quo". Por lo que se refiere al tema del requerimiento de pago, requerimiento en el que figura que el impago puede dar lugar a





la inclusión de los datos en ficheros de morosos, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2.020: "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 (RJ 2013, 1835), 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 (RJ 2.019, 4.209), 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 SIC (RJ 2020, 613)).".

La sentencia citada del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Sección Cuarta de este Audiencia Provincial de 24 de enero de 2.020, en la que se declaraba: "Se nos dice que la entidad apelante tiene concertado un contrato con Equifax, gestora del fichero ASNEF. Y a su vez Equifax tiene otro contrato con Emfasis Billing&Marketing Services S.L. (ahora Servinform). En base a esas relaciones contractuales, El Corte Inglés vuelca en Equifax un fichero de personas deudoras a las que hay que realizar el requerimiento de pago, y en el que se recoge la suma adeudada y por la que hay que hacerle el requerimiento de pago. En diversos departamentos de la empresa Emfasis, ahora Servinform se gestiona el fichero, se redacta la carta requiriendo de pago en los términos del artículo 39 del Reglamento, anteriormente reseñado. Se insertan las cartas en los sobres, se gestiona su envío postal, se remiten. Hay otro departamento en el que se gestionan los envíos devueltos, en su caso el motivo de esa devolución, para decidir si se vuelve o no a enviar.-

Según declara "el Perito", en el acto del juicio, la mecánica operativa de esos envíos permite conocer los que son devueltos, de ahí extrae la presunción de que los no devueltos han llegado al destinatario, si bien esa conclusión no la puede afirmar en términos absolutos. Y es que como ya dijo esta sala en casos precedentes, como la sentencia de 19 de noviembre de 2.019, el envío masivo de notificaciones sólo acredita su remisión, pero no su recepción por el destinatario. El no constar devueltas no prueba que las reciba el destinatario. Carga de la prueba que recae sobre la





*apelante, quien dispone de mecanismos adecuados e idóneos para acreditar que ha realizado el requerimiento de pago, tales como el envío con acuse de recibo, telegrama, correo electrónico acreditando el envío de ese correo, o similares".*

Pues bien, aplicando la precedente doctrina al caso de autos nos encontramos con que acreditado que la entidad mercantil Servinform, S.A., que había contratado con Telefónica Móviles una relación de servicios, había entregado en la oficina de correos centro de masivos en Valencia, cuyo número de entrega es el [REDACTED], el aviso de pago de la factura [REDACTED] [REDACTED], del que se adjunta al presente certificado contenido en el fichero [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] cuyo destinatario es [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]; se adjunta asimismo copia de la nota de entrega de envíos sellada por Correos y Telégrafos y se añade que con el mencionado aviso de pago nacional igualmente se aportan otras dos certificaciones emitidas por la misma entidad certificando que con fecha 1 de abril de 2.016 en un caso se entregó en la oficina de correos centro de masivos de Valencia, cuyo número de entrega es el [REDACTED], el aviso de pago de la factura [REDACTED], del que se adjunta al presente certificado contenido en el fichero mencionado en líneas precedentes, en esta ocasión la denominación es Avisos.F 20160331, cuyo destinatario es [REDACTED] [REDACTED], adjuntándose copia de nota de entrega de envíos sellada por Correos y Telégrafos, igualmente se consigna que el mencionado aviso de pago no ha sido devuelto. Igualmente se ha aportado la certificación de la misma entidad relativa a que con fecha 21 de marzo de 2.016 se entregó en la oficina de correos centro de masivos en Valencia, cuyo número de entrega es el [REDACTED], el aviso de pago de la factura 28-B682-556406, del que se adjunta al presente certificado contenido en el fichero referido en líneas precedentes, con la variación relativa a: Avisos.F20160319, cuyo destinatario es el ya referido, adjuntándose copia de la nota de entrega de envíos sellada por Correos y Telégrafos y señalándose que el mencionado aviso de pago no ha sido devuelto. Igualmente figuran en los autos albaranes de entrega en correos con las referencias mencionadas: 6247; 6270; 6322, señalándose respecto al número de entrega 6247 el fichero 20160319.

A la vista de esta prueba no cabe obtener la conclusión pretendida por la parte apelante, pues se desconoce si en estos envíos iban los requerimientos referidos y desde luego no se acredita la recepción por el destinatario, debiendo consignar que de la propia documental de correos se infiere que en cada una de estas entregas en una de ellas el número de envíos de ámbito local eran 48, de ámbito peninsular 2.101 y del resto de 2.853; en otro caso era el número de envíos de





ámbito local 59, el número de envíos de ámbito peninsular 957 y el número de envíos restante de 1.321; y en otro de los albaranes de entrega figuran como número de envíos 119 de ámbito nacional local, 4.392 de destino 1 y 6.207 de destino 2. Y el Servicio de Correos certifica que Telefónica Móviles España ha venido suscribiendo y renovando con correos el contrato para la prestación del "servicio de gestión integral de envíos postales de Telefónica" y que conforme a las condiciones de prestación del servicio, Correos lleva a cabo un tratamiento para la correspondencia de facturación, consistente en la recogida de la documentación en los centros de edición que Telefónica determine, la transporta a destino en camiones, el control de la correspondencia admitida a través de albarán depositado por el manipulador Serviform, S.A. y donde consta el tramo de peso y su ámbito de destino (local, destino uno, destino dos) y por último la entrega de la correspondencia de vuelta de aquellos envíos que no pudieron entregarse por causas como las siguientes: dirección incorrecta, destinatario desconocido, etc. Por todo ello ha de llegarse a la misma conclusión a la que llega la Juzgadora "a quo" y en consecuencia ese motivo del recurso ha de ser rechazado.

**TERCERO.-** Impugna asimismo la parte apelante la cuantía de la indemnización fijada en la recurrida en 5.000 €, y a este respecto cita la parte apelante diversas resoluciones judiciales en las que la indemnización fue inferior.

Sobre el tema de la indemnización en supuestos como el de autos se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 27 de febrero de 2.020 en la que ha declarado: *"La sentencia 261/2017, de 26 de abril (RJ 2.017, 1.737), a la que remite la sentencia 604/2018, de 6 de noviembre (RJ 2018, 4908) hace una síntesis de la doctrina relevante sobre la materia, de interés para el recurso, sostenida por la Sala.*

*El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) , en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 (RCL 2010, 1658), que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2.010 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 (RJ 2.014, 3.087), rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción iuris et (RCL 2.015, 1.654) 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 nº 964/2000, de 19 de octubre, y nº 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".

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 (RJ 2012, 35), "Según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2.002 y 28 de abril de 2.003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE (RCL 1978, 2836) como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional 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 (RTC 2001, 186), FJ 8)" (STS 4 de diciembre 2.014 (RJ 2014, 6360), rec. núm. 810/2013).

La inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LORD, 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 (RJ 2015, 574), que ha de tomarse en consideración 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 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 sentencia 512/2017, de 221 de septiembre SIC (RJ 2017, 4056), declara que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso.

"No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa."

Si se pone en relación el quantum a indemnizar con la escasa trascendencia, por ser pequeña la deuda, tenemos declarado (sentencia 81/20115 de 18 de febrero (RJ 2015, 574)) que no puede aceptarse el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una trascendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en registros de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha las exigencias del principio de calidad de los datos, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias.

Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos.

Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios.





*Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias....*

*Se trata pues, de valorar si se ha ponderado adecuadamente esas circunstancias al caso concreto, o se aparta de ellas de tal modo que esté justificada la excepcional revisión en casación.”.*

En el presente caso, como señala la Juzgadora “a quo”, no se ha acreditado un perjuicio patrimonial ni que la inclusión de los datos en el registro impidiera a la demandada el acceso a un crédito, por ejemplo, mas se estima probada la existencia del daño moral que ante el conocimiento de la existencia de la inclusión de sus datos en un registro de morosos obligó al demandante a ponerse en contacto con la compañía demandada no obteniéndose resultado alguno y posteriormente a la presentación de una demanda que dio lugar al presente procedimiento, habiéndose acreditado, como señala la Juzgadora, la permanencia de los datos en el fichero; de Equifax desde 2.016 hasta 2.020, siendo el 23 de octubre de 2.020 cuando la demandada dio de baja la inclusión del actor en el fichero; debe asimismo valorarse que según la certificación remitida por Equifax el fichero fue consultado en 66 ocasiones y por 20 entidades. A la vista de todo ello la Sala estima correcta la cantidad fijada.

**CUARTO.-** Se imponen las costas del recurso a la parte apelante -art.398 de la LEC-.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

### **FALLO**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Telefónica Móviles España S.A. contra la sentencia dictada en fecha siete de abril de dos mil veintiuno por la Ilma. Sra Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.





Se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

