



**AUD. PROVINCIAL SECCION CUARTA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00325/2021

Modelo: N10250
C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3

-

Teléfono: 985968737 **Fax:** 985968740

Equipo/usuario: ARM

N.I.G. 33051 41 1 2020 0000520

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000365 /2021

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000449 /2020

Recurrente: ORANGE ESPAGNE SAU

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, [REDACTED]

Procurador: , [REDACTED]

Abogado: , [REDACTED]

NÚMERO 325

En OVIEDO, a 15 de septiembre de dos mil veintiuno, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por [REDACTED], Presidente, [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED], Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **365/2021**, en autos de JUICIO ORDINARIO N°449/2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Pravia, promovido por la representación procesal de **ORANGE ESPAGNE S.A.U.**, demandado en primera instancia, contra [REDACTED] demandante





en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado

.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de PRAVIA se dictó Sentencia con fecha 29 de abril de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad ORANGE ESPAGNE SAU y, en consecuencia:

Declaro que ORANGE ESPAGNE S.A.U. (JAZZTEL) ha cometido una intromisión ilegítima en el honor de [REDACTED] [REDACTED] al mantener sus datos indebidamente registrados en el fichero de morosos ASNEF condonándola a estar y pasar por ello.

Condeno a ORANGE ESPAGNE S.A.U. (JAZZTEL), al pago de la cantidad de DOCE MIL EUROS (12.000€) a [REDACTED] [REDACTED] [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.

Se hace expresa imposición en costas a la parte demandada".

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 14 de septiembre 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], reclamaba en la demanda que se declare que la entidad demandada, Orange Espagne S.A.U., había vulnerado su derecho al honor al incorporarle a un registro de morosos y se le condene a indemnizarle en la suma de 12.000 €. Cuestionaba 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 íntegramente la demanda. La entidad demandada discrepó de esta resolución, para afirmar, por una parte, el cumplimiento de tales exigencias, y, por otra, cuestionar la cuantía de la indemnización concedida, que pide sea reducida sustancialmente.

SEGUNDO.- Insiste el 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 aporta documentación expresiva de que una empresa contratada por quien gestiona el fichero, SERVIFORM, remitió una comunicación a través de Correos, junto a otras que formaban parte de un envío muy numeroso, dirigida al demandante, que no fue devuelta, "sin que se generase incidencia alguna que alterase el resultado final del procedimiento" ni "hechos que impidieran el normal desarrollo del mismo". 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 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, en términos similares a como lo hace la sentencia apelada. 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 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, 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. 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 acreditativo 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 SERVIFORM, la comunicación dirigida al demandante no se encontraría incluida en el envío sobre el que certifica, pues lleva el número terminado en 25574 y la remesa comprende, según dice, las comunicaciones procesadas entre los números 29425 y 30355. Falta de correspondencia de estos datos no explicada y que refuerza aún más la conclusión expresada.





TERCERO.- Sentada, pues, la indebida incorporación del demandante a un registro de morosos, 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 quebrante 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.- Atendiendo a esta doctrina considera la Sala excesiva la cantidad concedida en la sentencia apelada, vistas las circunstancias del caso.

Quedó acreditado que el demandante fue dado de alta a petición de la demandada en el fichero de solvencia patrimonial ASNEF el 26 de octubre de 2017, en el que permaneció durante prácticamente tres años. Durante ese periodo, el fichero fue consultado por 34 entidades diferentes, alguna en varias ocasiones. No aparece, por otra parte, que el actor haya sufrido algún quebranto patrimonial efectivo por esta causa, ni tenido que afrontar gestiones más o menos complicadas en aras de lograr la cancelación de esos datos, ni menos que esas hipotéticas gestiones, de haberlas realizado, le hubieran generado una situación de angustia o desasosiego.

Si bien la permanencia y el número de consultas deben considerarse relevantes, también han de ponderarse, en orden a fijar la indemnización procedente, la ausencia de daños patrimoniales concretos y de otras circunstancias que pudieran agravar el daño. Atendiendo a las sumas concedidas tanto por el Tribunal Supremo como por esta Sala en asuntos más o menos similares, estimamos que la cantidad de 12.000 € solicitada excede de la que pudiera considerarse adecuada, que, teniendo en cuenta las circunstancias indicadas, estima la Sala más ajustado cifrar en 8.000 €. Así, en supuestos en los que existió una divulgación relevante y cierta permanencia en el tiempo, esta Sala ha otorgado indemnizaciones parecidas, en torno a los 8.000-7.000€ (sentencias de 31 de octubre y 19 de noviembre de 2018 , 13 de marzo y 23 de abril de 2019 y 9 junio de 2021), mientras que el Tribunal Supremo establecía 7.500 € en la de 22 de diciembre de 2015 y 8.000€ en la de 21 de septiembre de 2017, en ambos casos por la inclusión en dos





ficheros e importante número de consultas, si bien con una permanencia menor.

QUINTO.- Las consideraciones anteriores conducen a la estimación en parte del recurso y de la demanda, lo que conlleva que no se haga expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias (arts. 394 y 398 LEC). La notable diferencia cuantitativa entre lo pedido y lo finalmente concedido determina que se esté ante una estimación parcial de la demanda, no sustancial, a la que es de aplicación la regla expresada.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Orange Espagne, S.A.U. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pravia en autos de juicio ordinario sobre derecho al honor seguidos con el nº 449/20, la que revocamos en el sentido de reducir la indemnización que dicha recurrente ha de abonar al demandante, ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■, a la suma de ocho mil euros (8000 €), que devengará el interés previsto en el art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia apelada; y de no hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

Mantenemos en lo demás dicha resolución, sin hacer tampoco expresa declaración de las costas aquí causadas.

Devuélvase a la apelante el 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 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.

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.

