ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA
OVIEDO

SENTENCIA: 00406/2021

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000341/2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

[redacted]

En OVIEDO, a doce de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario (Derecho al Honor) nº 271/20, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Avilés, Rollo de Apelación **nº 341/21**, entre partes, como apelante y demandada **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A**, representada por el Procurador [redacted] y bajo la dirección de la Letrado [redacted], como apelada y demandante [redacted], representada por la Procuradora [redacted] y bajo la dirección del Letrado [redacted] 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 4 de Avilés dictó sentencia en los autos referidos con fecha trece de abril de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO la demanda presentada por la representación procesal de [redacted] contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A

PRINCIPADO DE ASTURIAS

1.-Declare la intromisión del derecho al honor de la parte actora
2.- Se declare que BBVA SA mantuvo indebidamente en los registros de solvencia patrimonial ASNEF EQUIFAX EXPERIAN BADEXCUG datos de la actora.
3- Se declare la intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de [redacted] por parte del BBVA SA.
4.- condene a la demandada BBVA SA al pago de una indemnización por daño moral genérico causado a [redacted] de 3.000,00 euros.

BBVA SA para reparar el daño causado tendrá que realizar todos los actos necesarios para excluir a la parte actora de fichero de morosos en el que ha sido incluida de manera indebida, hecho que ha inducido indirectamente en la vulneración del derecho al honor, condenando a la demandada al pago de interés y costas procesales".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Banco Bilbao Vizcaya Argenaria, 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 el Ilmo. Sr. [redacted].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por la representación de [redacted] contra Banco Bilbao Vizcaya, S.A., declarando que la inclusión por la demandada de los datos personales de la demandante en los sistemas de información crediticia Asnef Equifax y Experian Badexcug constituyó una intromisión ilegítima en su derecho al honor y condenó a la demandada al pago de la cantidad de tres mil euros como daños morales. Interpone recurso de apelación la demandada, alegando error en

la valoración de la prueba, al aducir la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que había resultado impagada y que había practicado el requerimiento previo de pago previsto en el apartado c) del art. 38 del Real Decreto 1720/2007. Por último, también se opone a la cuantificación de la indemnización, que estima excesiva, así como a la imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales contiene en su art. 20 la presunción, salvo prueba en contrario, de licitud del tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan entre otros y por lo que aquí interesa, los requisitos de 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; y, en segundo lugar, 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.

Se invoca en el recurso la infracción del Real Decreto 1720/2007, reglamento de desarrollo de la ley anterior, que establece en su artículo 38.3 que solamente será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado cuando concurra un "requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación" y el debate en este litigio se desenvuelve sobre la realización y remisión del requerimiento previo, pues, por otra parte, el mismo demandante no discute el impago de una deuda cierta, vencida y exigible.

Como señala las sentencias del TS de 740/2015, de 22 diciembre, 1321/2019 de 25 de abril y 592/2021 de 8 de septiembre, 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.

En este caso la recurrente pretende justificar el cumplimiento del requisito de requerimiento mediante una certificación de una empresa contratada al efecto, Servinform, S.A., sobre la generación, impresión y puesta a disposición del Servicio de Correos de un conjunto de reclamaciones con objeto de regularizar los pagos pendientes (en la que no constan los sistemas comunes de información crediticia en los que participe la acreedora, como exige el art. 20.1 C de la Ley), entre las que se encontraría la que tenía como destinatario al demandante. Y un segundo certificado de una empresa subcontratada por Equifax, ilunión, según el cual en sus archivos no consta en depósito y custodia la notificación con un número de referencia, ni tampoco había sido objeto de tratamiento por algún motivo de devolución.

Esta Sala ya se ha pronunciado de forma reiterada sobre la insuficiencia de tales certificaciones para acreditar la realización del requerimiento previo a la inscripción. En las recientes sentencias de veintiocho de septiembre de dos mil veintiuno, a la que se remite la de veintinueve de septiembre, razonábamos: *"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 2019, 4209), 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 SL (ahora Servinform). En base a esas relaciones contractuales, [redacted] 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 Servimform 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 [redacted] [redacted] 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], 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 [redacted] [redacted] cuyo destinatario es [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 [redacted], del que se adjunta al presente certificado contenido en el fichero referido en líneas precedentes, con la variación relativa a: Avisos.[redacted], 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: [redacted] [redacted] [redacted] señalándose respecto al número de entrega [redacted] el fichero [redacted].

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 2101 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 [redacted] [redacted] España ha venido suscribiendo y renovando con correos el contrato para la prestación del "servicio de gestión integral de envíos postales de [redacted]". 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 determinó, 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 devuelta 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."

La reciente sentencia de dos noviembre de dos mil veintiuno aborda el recurso formulado por la sociedad aquí demandada en iguales términos al presente. Y ambos son reconducibles a lo anteriormente señalado pues la acreedora trata de acreditar la práctica del requerimientos por aquellos certificados de las empresas subcontratadas y sin que se aporten otras pruebas o indicios de que efectivamente se hayan enviado por la recurrente y recibidos por la demandante. Y a ello se une que el número asignado al envío al demandante no se encuentra entre la horquilla a la que se refiera la certificación, como tampoco consta en el albarán de entrega, de forma que el único dato que se allega es la declaración de la empresa a la que se encarga remitir la comunicación, que así lo hizo, por lo que no puede sino ratificarse el criterio de la recurrida.

TERCERO.- Para el cálculo de la indemnización procedente en los casos de inclusión indebida en los registros de insolvencia patrimonial habrá de acudirse los parámetros fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 26

de abril de 2017, 6 de noviembre de 2018, 27 de febrero de 2020, etc). Y de acuerdo con esta doctrina se señala que el perjuicio indemnizable ha de incluir tanto el daño patrimonial concreto 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 y los derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión. Y también debe resarcir 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 es en este caso la dignidad. Entre los criterios concretos a los que ha de atenderse 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. Igualmente ha de ser tenido en cuenta el tiempo de permanencia 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. Por otra parte, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que causa la inclusión en los registros de morosos, como tampoco, como señala las STS de 26 de abril de 2017 y 21 de junio de 2018, que no exista constancia de que la inclusión haya impedido a la afectado acceder a créditos o servicios, pues precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros va destinada 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.

La sentencia recurrida fija la indemnización en este caso en tres mil euros, expresando que tomaba en consideración que el tiempo de exposición en los dos ficheros alcanzó los 16 meses. La demandada cuestiona la adecuación de aquella cantidad, reprochando a la recurrida que no hubiera valorado otras circunstancias, como el hecho de que solamente se inscribió en un solo fichero, se consultó en dos ocasiones y que ya constaba anotada por otras acreedoras.

La sentencia 592/2021 de 8 de septiembre, al asumir la instancia alude a las cantidades que el T.S. viene reconociendo en supuestos análogos: "*...teniendo también en cuenta, por un lado, que la indemnización de 7.000 € por daño moral que es objeto de solicitud no resulta desajustada a las que hemos reconocido en este tipo de casos (sentencias*

226/2012, de 9 de abril: 12.000 €; 176/2013, de 6 de marzo: 9.000 €; 81/2015, de 18 de febrero: 10.000 €; 65/2015, de 12 de mayo: 10.000 €; 512/2017, de 21 de septiembre: 8.000 € y 245/2019, de 25 de abril: 10.000 €)". Y la más reciente de 699/2.021, de 14 de octubre tilda de simbólica una cantidad próxima a la aquí fijada (2.000 euros), indemnización a la que atribuye el conocido efecto disuasorio inverso. Por ello debe considerarse moderada la cantidad solicitada y concedida en atención al hecho de que lleva incluida la deuda desde prácticamente dos años, sin que conste la baja, en dos ficheros, por más que las consultas realizadas en ambos sean muy escasas, determinando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La desestimación del recurso comporta la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, conforme establece el art. 398 LEC.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia dictada en fecha trece de abril de dos mil veintiuno por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Avilés, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA.**

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

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.**

Frente a 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.

ADMINISTRACION 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