



**AUD. PROVINCIAL SECCION CUARTA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00434/2021

Modelo: N10250
C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3
Teléfono: 985968737 **Fax:** 985968740
Correo electrónico:
Equipo/usuario: CRR
N.I.G. 33004 41 1 2020 0001831
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000509 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de AVILES
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000265 /2020

Recurrente: [REDACTED], MINISTERIO FISCAL
Procurador: [REDACTED],
Abogado: [REDACTED],
Recurrido: BBVA S.A
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

NÚMERO 434

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

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número 509/2021, en autos de JUICIO ORDINARIO N. 265/2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Avilés, promovido por [REDACTED], demandante en primera instancia, contra BBVA, S.A., demandada en primera instancia, con intervención del Ministerio Fiscal. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado [REDACTED].-



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Avilés se dictó Sentencia con fecha 21 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO.-** Debo desestimar como desestimo íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a la entidad BBVA S.A. Se declara la expresa imposición de costas a la parte actora.".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante 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 dieciséis de noviembre de 2021.-

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución que se cuestiona en este recurso dio por probado que la entidad B.B.V.A. S.A. había incluido los datos personales de la recurrente, [REDACTED] [REDACTED], en los ficheros de solvencia gestionados por EQUIFAX y EXPERIAN cumpliendo con las correspondientes exigencias, al constatar la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible, como también que aquella había sido requerida previamente de pago con la advertencia de la expresada inclusión. Con ello, descartó la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la interesada, y, por tanto, también desestimó su propósito de poner término a esa situación y al añadido de verse indemnizada por el perjuicio moral que le habría resultado. Disconforme con esa decisión, apela la demandante denunciando la errónea valoración de la prueba para insistir en sus pretensiones iniciales, con un propósito al que se suma el Ministerio Fiscal, que se adhiere al recurso, y que cuenta de nuevo con la oposición de la entidad bancaria, que interesa la confirmación de la resolución recurrida.-

SEGUNDO.- Comenzando por el presupuesto relativo a la certeza y exigibilidad de la deuda, con ser cierto que la resolución recurrida entró en el análisis de ese requisito y lo dio por cumplido, no lo es menos que en la demanda que inició estos autos ni siquiera la promovente afirmaba otra cosa distinta. Lo que se decía entonces al exponer los hechos



en que se fundaba era que se había faltado a la exigencia relativa al previo requerimiento de pago, que era en lo que se centraba la fundamentación jurídica, por más que en ella se hiciera una referencia añadida a la circunstancia de que la deuda había sido controvertida, sin rodear esa afirmación de cualquier dato añadido que permita conocer en qué radicaba esa pretendida discrepancia, que ahora se detalla y concreta en el recurso. Y ese planteamiento novedoso impide, según el art. 456.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuestionar aquí lo que en la instancia no quiso cuestionarse, ello sin perjuicio de señalar, a mayor abundamiento, que de los documentos aportados con la contestación resulta la vigencia en su momento de un contrato de tarjeta de crédito del que han derivado, según la información de aquellos ficheros, las respectivas inscripciones, sin que la actora aportara en su interrogatorio más explicación sobre esa hipotética disconformidad con la deuda -aparte de la pretendida ignorancia- que la manifestación realizada ante los empleados de la entidad de que los cargos de la tarjeta se efectuaban, no el día cinco de cada mes, como pretendidamente se había pactado, sino el último día, lo que en nada afecta a la realidad de la deuda, ni, por tanto, permite que la misma se califique de dudosa, incierta, no pacífica o sometida a litigio, que es lo que llevaría a negar la concurrencia de aquel presupuesto derivado del principio de calidad de los datos que apreció la recurrida y que, en definitiva, cabe confirmar.-

TERCERO.- Lo que no puede confirmarse es la apreciación de que la demandada cumplió con la exigencia del previo requerimiento de pago a la deudora con la advertencia de realizar la inclusión de sus datos en el caso de no ser atendido, y que resultaba, al tiempo de efectuarse, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y el Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en particular, de su art. 38.3º.

En efecto, lo que se aporta para justificarla es una carta fechada el día 13 de septiembre de 2018 en la que pone de manifiesto la deuda y reclama su importe con la advertencia de aquella inclusión. En la información dispensada por las gestoras de esos ficheros se menciona la remisión de tal misiva al domicilio de la interesada, utilizando para ello una empresa dedicada al servicio de envíos masivos, y también de una tercera entidad que tiene por objeto la gestión de las devoluciones que puedan producirse. Y son esas mismas entidades las que certifican que no consta cualquier incidencia con el envío de esa comunicación. Pues bien, siendo así, esos medios de prueba resultan insuficientes para acreditar el cumplimiento de aquella exigencia cuando lo que no acreditan de cualquier modo es que aquella misiva haya llegado a conocimiento de su destinataria, o, cuando menos, que si no ocurrió así fue por la propia voluntad de esta. Y



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



que ese procedimiento de envíos masivos, sin certeza alguna de su resultado, no garantiza de manera cierta que la entrega en el destino se haya llevado a efecto es algo que ha venido señalando esta Sala de manera repetida para situaciones similares, en sentencias como las de 24 y 29-11-2017, 31-10-2018, 19-11-2019, 20-1-2020, hasta llegar a otras más recientes como las de 8-4-2021, 10-6-2021, 9-7-2021 o 16-9-2021, en las que se reitera que, con no ser exigible una forma concreta para realizar aquel requerimiento, la que se haya empleado debe permitir constatar la recepción. Y la ausencia de prueba sobre esa circunstancia es algo que no cabe suplir con la simple afirmación de que no consta la devolución, cuando son desde luego múltiples y variadas las razones por las que una carta enviada por correo ordinario puede no alcanzar su destino final.

Y, en definitiva, ese criterio ha sido refrendado en la STS de 11-12-2020, en la que se explica:

“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)".

Por lo que, en conclusión, no puede tenerse por acreditado el cumplimiento de aquella exigencia. Y su ausencia es suficiente para constatar la existencia de la intromisión ilegítima, supuesto que no se trata de un mero requisito formal, sino de un presupuesto sustancial que tiene por finalidad -dicen las SSTs de 25-4-2019, 11-12-2020 y la más reciente de 9-9-2021-, impedir 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 que, en definitiva, se impone acoger el recurso declarando la existencia de la expresada intromisión (art. 7.7





Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen), con la condena de la demandada a dar de baja aquellos datos, que es lo que no acredita -y a ella le incumbe la carga de probarlo- haber realizado, ni antes del inicio del procedimiento, ni en su desarrollo, debiendo señalarse, además, que en la respuesta de EXPERIAN consta que, en su fecha (31 de marzo de 2021), los datos permanecían en la misma situación.-

CUARTO.- Por lo que concierne al alcance de la indemnización, el art. 9.3 de la Ley que se acaba de citar establece 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"*. Se recoge, así y como recuerdan las SSTs de 16-2-2016, 26-4-2017 o 21-6-2018 *"una presunción iuris et de iure [establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario] de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, como es el caso del tratamiento de datos personales en un registro de morosos sin cumplir las exigencias que establece la LOPD, que habrá de incluir 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 son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad"*.

Y como también señalan esas resoluciones, *"en estos supuestos de 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 calibrar este segundo aspecto ha de verse 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 el proceso más o menos complicado que haya tenido que seguir el afectado para la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados"*. Para concluir, en definitiva, que *"Se trata por tanto de una*



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



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 5 de mayo, de protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio", circunstancias en las que se comprenden (así, SSTs de 12-5-2015 o 4-12-2014) además de las mencionadas, "el tiempo que los demandantes han permanecido incluidos como morosos en el fichero, la difusión que han tenido estos datos mediante su comunicación a quienes lo han consultado, y lo "kafkiano" de la situación (incidencias de las gestiones realizadas ante los responsables de los ficheros sin que las mismas hayan obtenido resultado, mayor o menor diligencia de los responsables del tratamiento en dar respuesta a los requerimientos del afectado, grado de inteligibilidad de las comunicaciones remitidas al afectado, etc) por el quebranto y la angustia que conlleva".

Pues bien, lo que resulta de la prueba es que: - los datos de la afectada se dieron de alta en el fichero gestionado por EXPERIAN el día 14 de octubre de 2018; y, en el de EQUIFAX el día 11 de ese mismo mes y año. Por lo que, hasta la fecha de interposición de la demanda (8 de mayo de 2020) transcurrieron prácticamente un año y siete meses, sin que, como ya se ha indicado, conste que con posterioridad se haya procedido a la baja; - en esos periodos, y para el primero de esos ficheros solo consta haber sido consultado -además de la propia informante- por una entidad de servicios de telefonía; y, en el segundo, por esta misma entidad, otra financiera y una editorial; -a pesar de que la perjudicada apuntaba en la demanda al conocimiento de aquellas inclusiones al hilo de gestiones de financiación, lo cierto es que nada se prueba sobre cualquier hipotético impedimento para la obtención de crédito u otra finalidad económica similar; - en fin, no consta cualquier gestión encaminada a solventar la situación producida por la publicación de los datos.

A su vez, esta Sala viene reconociendo indemnizaciones (así, sentencia de 19-1-2021) por importes de 3.000 € cuando los datos habían permanecido en un fichero durante un año y cuatro meses sin consultas (sentencia de 7-5-2020); 5.500 € por la permanencia en un fichero durante un tiempo prolongado superior a los tres años aunque con una sola consulta (sentencia de 28-5-2020); 3.500 € por la inclusión en un fichero durante algo más de cinco años y cuatro consultas, aunque sólo dos de personas distintas del acreedor (sentencia de 4-6-2020); 4.000 € cuando los datos permanecieron en un fichero durante casi cuatro años y ocho meses con treinta y cinco consultas de catorce entidades distintas (sentencia de 29-9-2020); 3.000 € tratándose de un supuesto de inclusión en un fichero durante año y medio con consultas de seis entidades



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



(sentencia de 22 de octubre de 2020); esa misma cifra para la inclusión de once meses con la consulta de tres entidades (sentencia de 8-4-2021); y también ese mismo importe para un supuesto de veintisiete meses con un total de cinco consultas realizadas por dos entidades diferentes (sentencia de 23-6-2021).

Lo que, en definitiva, y en atención a las circunstancias expuestas, lleva a entender ponderada aquí la cantidad de 3.500 €.

Por lo que, en suma, se acoge parcialmente el recurso con la condena al abono de ese importe, al que es de aplicación (arts. 1.100 y 1.108 del Código Civil) el interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda, y que será el previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la de esta resolución.-

QUINTO.- Lo expuesto se traduce en la revocación del pronunciamiento sobre costas de la instancia, al quedar acogida parcialmente la demanda (art. 394.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y lo mismo ha de resolverse para las derivadas del recurso en virtud de su estimación parcial (art. 398.2º).-

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés de 21 de junio de 2021, recaída en los autos de juicio ordinario nº 265/2020, que se revoca parcialmente. En su virtud, y con estimación parcial de la demanda que aquella formuló frente a la entidad BBVA S.A.: - declaramos que las inclusiones realizadas por la demandada en el fichero de solvencia de los datos de la actora a que se refiere este procedimiento han supuesto una intromisión ilegítima en el derecho al honor de esta, condenándola a retirarlas; - y la condenamos también a indemnizar a aquella en la cantidad de 3.500 €, aumentada en el interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda, y en el previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la de esta resolución. Cada cual debe asumir las costas derivadas de la tramitación de la primera instancia. Confirmamos en lo demás la expresada resolución.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Sin pronunciamiento en cuanto a las costas derivadas de la tramitación de este recurso. Y devuélvase el depósito constituido por la apelante para su interposición.

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 16^a, 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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS