ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3
BURGOS
SENTENCIA: 00671/2021
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS
Sección 003
Domicilio: PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10
Teléfono: 947259950 **Fax:** 947259952
JLD
N.I.G.: 09018 41 1 2019 0001326
ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000495 /2021
Juzgado procedencia : JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de ARANDA DE DUERO
Procedimiento de origen : ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000566 /2019

RECURRENTE: ORANGE ESPAGNE S.A.U.
Procuradora: [redacted]
Abogada: [redacted]
RECURRIDA: [redacted]
Procurador: [redacted]
Abogada: [redacted]

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, [redacted], Presidente, [redacted] y [redacted], ha dictado la siguiente,

S E N T E N C I A Nº 671.

En Burgos, a treinta de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 495 de 2.021, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 566/19, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Aranda de Duero, el Recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 2 de junio de 2021, sobre acción de tutela del derecho al honor y otros extremos, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelada, [redacted], representada por el Procurador [redacted] y defendida por la Letrada [redacted]; y, como demandada-apelante, **"ORANGE ESPAGNE, S.A.U."**, representada por la Procuradora [redacted] y defendida por el Letrado [redacted]. Siendo también parte el **MINISTERIO FISCAL**. En el presente recurso ha actuado en calidad de Ponente la Ilma. Sra. [redacted], que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por [redacted], Procurador de los Tribunales, en nombre y

representación de [redacted] y asistido por el letrado [redacted], frente a ORANGE ESPAGNE, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales [redacted] con la asistencia Letrada de [redacted], con la intervención del Ministerio Fiscal, se acuerda: 1º. Declarar que la mercantil demandada, ORANGE ESPAGNE S.A.U, ha cometido una intromisión ilegítima en el honor de [redacted], al mantener sus datos indebidamente registrados en el fichero de morosos ASNEF-EQUIFAX condenándola a estar y pasar por ello. 2º.- Se condena a la mercantil demandada, ORANGE ESPAGNE S.A.U, al pago la cantidad de SEIS MIL EUROS a la demandante [redacted] en concepto de indemnización por daños morales y patrimoniales derivados de su indebida inclusión en los ficheros de morosos ASNEF- EQUIFAX. 3º- Se condena a la demandada, a hacer todos los trámites necesarios para la exclusión de [redacted] del fichero de solvencia patrimonial, de continuar en este. 4º- Se condena a la demandada ORANGE ESPAGNE S.A.U, al pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda. Sin imposición de costas a ninguna de las partes".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la demandada se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a las partes para que en el término de diez días presentasen escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se verificó dicho trámite, oponiéndose al recurso mediante los correspondientes escritos que constan en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2021, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder de la Ilma. Sra. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la demandante, [redacted] se ejercita una acción en reclamación de la suma de 12.000 € en concepto de daño moral, derivada de la vulneración de su derecho a honor, por su

inclusión indebida en el registro de morosos ASNEF/EQUIFAX, a instancia de la entidad demandada, ORANGE ESPAGNE SAU, por una deuda por importe de 727,08 €.

La sentencia de instancia considera acreditada la intromisión ilegítima al no haberse realizado en debida forma el requerimiento previo a la inclusión en el fichero, careciendo de importancia que la inclusión se haya hecho con base a una deuda liquida, vencida y exigible, pues el artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999 de protección de datos, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, exige que ambos requisitos se cumplan de manera acumulativa, y fija en 6.000 € la indemnización procedente por daño moral.

Por la demandada ORANGE ESPAGNE SAU se formula recurso de apelación por los siguientes motivos:

1º.- Error en la valoración de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 20 de la LOPGDD: inexistencia de vulneración del derecho al honor;

2º.- Subsidiariamente, en caso de considerar esta Audiencia Provincial la existencia de una vulneración del derecho del honor de la demandada, solicita la minoración de la indemnización concedida conforme a las circunstancias concurrentes y en atención a la numerosa jurisprudencia sobre la materia en supuestos análogos.

Segundo.- La inclusión de una persona en un registro de morosos o impagados forma parte del contenido del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como derecho de cualquier persona a que se mantengan en secreto o con la debida reserva sus datos personales, entre los que se encuentra la información sobre su situación económica. No obstante, el tratamiento de los datos personales, que es la utilización que pueda hacer de los mismos otra persona que no sea el interesado, pero que los conozca por cualquier causa, es objeto de una ley especial, que es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en vigor desde el 7 de diciembre de 2018, (aplicable, por tanto, al presente asunto) y que derogó la anterior LO 15/1999, y que incorpora al ordenamiento jurídico español el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Y en concreto LOPDGDD en su artículo 20. Sistemas de información crediticia establece que: *1. Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) Que los datos hayan sido facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

b) 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.

c) 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.

La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo.

d) Que los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito.

e) Que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario.

Cuando se hubiera ejercitado ante el sistema el derecho a la limitación del tratamiento de los datos impugnando su exactitud conforme a lo previsto en el artículo 18.1.a) del Reglamento (UE) 2016/679, el sistema informará a quienes pudieran consultarlo con arreglo al párrafo anterior acerca de la mera existencia de dicha circunstancia, sin facilitar los datos concretos

respecto de los que se hubiera ejercitado el derecho, en tanto se resuelve sobre la solicitud del afectado.

f) Que, en el caso de que se denegase la solicitud de celebración del contrato, o éste no llegara a celebrarse, como consecuencia de la consulta efectuada, quien haya consultado el sistema informe al afectado del resultado de dicha consulta.

2. Las entidades que mantengan el sistema y las acreedoras, respecto del tratamiento de los datos referidos a sus deudores, tendrán la condición de corresponsables del tratamiento de los datos, siendo de aplicación lo establecido por el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/679.

Corresponderá al acreedor garantizar que concurren los requisitos exigidos para la inclusión en el sistema de la deuda, respondiendo de su inexistencia o inexactitud.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPDGDD , con fecha 7 de diciembre de 2018 , existe copiosa jurisprudencia sobre los requisitos de la inclusión de datos de deudores morosos en un fichero de morosos y las consecuencias que la inclusión indebida en tal fichero tiene en orden a considerar la inclusión indebida como una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor del art. 18 de la Constitución, que puede estimarse compendiada en la Sentencia 174/2018, de 23 de marzo de la Sala Civil del Tribunal Supremo (recurso 3.166/17) . Conforme a dicha doctrina para que los datos personales de una persona sean incluidos o registrados en un fichero o registro de morosos es preciso que se cumplan estos tres requisitos: 1º) Que exista una deuda cierta, exigible y vencida que no ha sido pagada a su vencimiento; 2º) Que con posterioridad a su vencimiento e impago se haya reclamado al deudor su pago concediéndole un nuevo plazo razonable para ello y se le advierta de forma expresa que en caso de impago sus datos personales podrán ser incluidos en el correspondiente fichero o registro de morosos; 3º) Que la deuda sea pacífica y no controvertida, requisito que no concurre cuando existe un procedimiento judicial, administrativo o arbitral en el que se discute su existencia, exigibilidad o importe, y también cuando el deudor se haya opuesto de modo justificado a su pago, alegando motivos razonables para ello o aportando un principio de pago que cuestione el carácter debido de la deuda.

Tercero.- En primer lugar, sostiene el recurso de apelación que, a la vista de la documentación que consta en autos, es incuestionable que la deuda inscrita resulta veraz y por ende líquida, vencida y exigible.

Sobre este requisito la sentencia de instancia no realiza análisis alguno, considerando innecesario examinar si la inclusión se hizo por una deuda liquida, vencida y exigible y siendo suficiente la constatación que el requerimiento previo a la inclusión en el fichero de morosos no se hizo en debida forma pues ambos requisitos deben cumplirse de forma acumulativa , según el artículo 38 de la anterior LO de Protección de datos, LO 15/1999.

La deuda tiene su origen en la relación contractual de telecomunicaciones entre las partes, sin embargo no puede estimarse que sea líquida, vencida y exigible, al existir controversia sobre el cobro de las facturas giradas por la demandada que ha dio lugar a un reclamación de la actora ante la Junta Arbitral de consumo que dictó un Laudo arbitral en 7 febrero de 2019 poniendo fin al procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto, al alegarse la falsedad de la firma de la demandante en la factura por entrega o devolución de un terminal telefónico, que la demandante niega haber recibo y, por ende, no aceptando las penalizaciones que le impone la empresa Jazztelecom SA (marca registrada de Orange Espagne SAU).

Si la deuda es objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. Puede que la deuda resulte finalmente cierta y por tanto pueda considerarse como un dato veraz. Pero no era un dato pertinente y proporcionado a la finalidad del fichero automatizado, porque este no tiene por finalidad la simple constatación de las deudas, sino la solvencia patrimonial de los afectados. Por ello solo es pertinente la inclusión en estos ficheros de aquellos deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda (STS 174/2018 de 23 de marzo).

En segundo lugar, el apelante señala que es incontestable que la deuda fue reclamada previamente a la inclusión de la parte actora en los correspondientes registros de morosidad, tal y como se desprende del oficio de EQUIFAX que ,dice, acredita que se comunicó a la demandante la existencia de una deuda y la posibilidad de, en caso de continuar impagada, incluir sus datos en los correspondientes registros de solvencia, por lo que como tal comunicación fue enviada y entregada ,sin incidencias y alguien la debió coger en su domicilio, debe entenderse practicado el requerimiento previo.

Consta en las actuaciones la certificación remitida por “Equifax”, (acontecimiento 99 del Expte. digital), empresa encargada del tratamiento del fichero “Asnef” en el cual se incluyeron los datos personales del demandante como deudor moroso, la notificación de la deuda y requerimiento

de pago de la misma fue realizada por “SERVIFORM SA”, empresa especializada en este tipo de gestiones, la cual generó la carta de reclamación, la metió en el correspondiente sobre de correos, señaló en el mismo la dirección del actor, e hizo entrega de la misma al servicio de correos, sin que la carta fuera devuelta. Ahora bien, tales gestiones se hicieron de forma masiva, enviándose 1882 cartas, correspondientes a deudas de morosos comunicadas por la empresa hoy demandada, y todas ellas fueron entregadas al servicio de correos. El envió fue por correo ordinario, sin acuse de recibo, y si bien no consta la devolución de la carta enviada o incidencia relativa a la misma, tampoco consta acreditada la recepción individual o su entrega en el domicilio del actor.

Pues bien, este tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de este tipo de notificaciones masivas realizadas por correo ordinario con la mediación de una empresa especializada, y así en la Sentencia 402/2020, de 28 de agosto (rollo 194/20,), citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 11 de diciembre de 2017 (contra la que se interpuso recurso de casación que fue desestimado por ATS 19.9.2018 rec. 533/2018) señaló que este tipo de notificaciones no es respetuoso con el derecho fundamental que está comprometido, pues la remisión masiva de cartas por el servicio de correos ordinario, sin acuse de recibo, no garantiza la recepción individual, y dado el carácter masivo del procedimiento está sujeto a errores y posibles extravíos.

Pero más recientemente la Sala Civil del Tribunal Supremo en Sentencia 672/2020, de 11 de diciembre (recurso 1.330/20), desestima el recurso de casación contra la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 20 de enero de 2020, y al igual que está considera que no se ha cumplido el requisito del requerimiento previo al deudor moroso a fin que pague la deuda en plazo razonable, con la advertencia que de no hacerlo se procederá a su inclusión en un fichero de deudores morosos, cuando tal requerimiento se realiza por una empresa especializada – en este caso también fue “Servinform” – mediante envíos masivos de cartas que se realzan por correo ordinario, sin acuse de recibo, y por ello sin quedar garantizada la recepción individual, no bastando con el hecho que no conste la no devolución de la carta, pues dada la transcendencia de la tal notificación, que permite al deudor pagar la deuda y evitar con ello su inclusión en el fichero de morosos, sin ser necesario una comunicación fehaciente como lo es la notarial o la realizada por burofax, si es preciso que se realice una notificación en la que quede constancia de la recepción individual, lo cual puede obtenerse por correo certificado con acuse de recibo, telegrama o correo electrónico, u otro similar.

Cuarto.- El último motivo del recurso refiere error en la valoración de la prueba la prueba: sobre la cuestión de la indemnización concedida en la primera instancia.

En el presente caso consta que la inclusión en el registro de morosos se produce el día 3/5/2019 , que existieron consultas automáticas del registro por parte de terceras entidades , algunas pocas (Telefónica y alguna otra de telefonía y Caixabank entidad bancaria de la demandante), el escaso periodo durante el cual la actora figuro en el registro de morosos (seis meses), la no frustración de operaciones económicas por mor de la inclusión, las gestiones que ha tenido que realizar para que dejara sin efecto la indebida inclusión, tras haber recibido la demanda y fundamentalmente los valores indemnizatorios que esta Sección Tercera de la AP Burgos ha tenido en cuenta en asuntos similares, sobre envíos misivos de cartas de reclamación por deudas de la empresa Orange Espagne SA, debemos moderar la indemnización y fijarla en 3.000 €.

En tal sentido en nuestra recientísima sentencia 607/2021 de 29 de noviembre hemos dicho : " *Por ello, en consideración a la doctrina del Tribunal Supremo que señala que la indemnización por daño moral para tener un efecto disuasorio de futuros comportamientos indebidos debe ser relevante y no meramente simbólica, concedemos una indemnización de tres mil euros, la misma que concedimos en la Sentencia 402/2020, de 28 de agosto, y la misma que concedió la Sección 4ª de la Audiencia de Oviedo en la Sentencia de 20 de enero de 2020 confirmada por la del Tribunal Supremo 672/2020, de 11 de diciembre, que desestima el recurso de casación contra la anterior*".

Quinto.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no procede expresa imposición de las costas procesales de esta alzada (artículo 398.2 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora [redacted], en nombre "ORANGE ESPAGNE, S.A.U.", contra la sentencia 11//2021, de 2 junio, del Juzgado de Primer Instancia nº 2 de Aranda de Duero en el juicio ordinario nº 566/2019, sobre acción de tutela del derecho al honor ex Art. 249.1.2º LEC, procede su revocación parcial y en consecuencia condenar a la mercantil "ORANGE ESPAGNE, S.A.U.", al pago de la cantidad de 3.000 € a la demandante, [redacted], en concepto de indemnización por daños

morales derivados de su indebida inclusión en los ficheros de morosos ASNEF/EQUIFAX, confirmando en todo lo demás la resolución recurrida. Y sin imposición de costas procesales en ninguna de las dos instancias.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.