Administración de Justicia

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Octava
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035
Tfno.: 914933929
37007740
N.I.G.: 28.074.00.2-2019/0008017

Recurso de Apelación 23/2021 C

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 07 de Leganés
Autos de Procedimiento Ordinario 555/2019

APELANTE: [redacted]
PROCURADOR [redacted]
APELADO: CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP, S.A.
PROCURADOR [redacted]
MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 75

ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:

[redacted]

En Madrid, a veintitrés de febrero de dos mil veintiuno. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por las Sras. Magistradas expresadas al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario nº 555/2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Leganés, seguidos entre partes, de una, como apelante [redacted], representado por el Procurador [redacted], y de otra, como parte apelada CIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP, S.A., representada por el Procurador [redacted].

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra.** [redacted].

Madrid

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Leganés, en fecha 2 de septiembre de 2020, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que desestimando íntegramente las pretensiones planteadas por la parte actora en los autos civiles de JUICIO ORDINARIO número 555/2019, seguidos ante este Juzgado a instancia de* [redacted] *–cuya representación es ostentada por el Procurador* [redacted] *y su asistencia jurídica es dirigida por la Letrada* [redacted] *– contra CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP S.A –cuya representación resulta ostentada por el Procurador* [redacted] *y cuya defensa es dirigida por el Letrado* [redacted] *–, con intervención del MINISTERIO FISCAL:*

1. ***ABSUELVO A LA PARTE DEMANDADA DE LOS PEDIMENTOS DE LA ACTORA.***
2. ***CONDENO AL DEMANDANTE AL ABONO DE LAS COSTAS."***

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, que fue admitido, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 17 de febrero de 2021.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en apelación la parte actora contra la sentencia que desestima la demanda en que se insta sea dictada sentencia por la que se declare que

CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP SA ha cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante, [redacted] al mantener sus datos indebidamente registrados en los ficheros de morosos ASNEF-EQUIFAX y EXPERIAN-BADEXCUG; que se condene a CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP SA al pago la cantidad de NUEVE MIL EUROS (9.000,00€) en concepto de indemnización por daños morales y patrimoniales derivados de su indebida inclusión en los ficheros ASNEF-EQUIFAX y EXPERIAN- BADEXCUG; que se condene a CAIXABANK, a hacer todos los trámites necesarios para la exclusión de [redacted] de todos los ficheros de solvencia patrimonial en que haya podido haberlo incluido; y que se condene a la demandada, al pago de los intereses legales correspondientes desde la interposición de la demanda y costas derivadas de este proceso.

Contra el pronunciamiento desestimatorio se alza en apelación la parte demandante quien alega:

PRIMERO.- Error en la valoración de la prueba y en la interpretación del art. 18 de la Constitución Española y art. 9 de la ley 1/1982 de protección civil del derecho al honor, en relación con el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

SEGUNDO.- Entiende esta parte que la inclusión de los datos del [redacted] en dos ficheros de solvencia patrimonial por parte de la demandada ha sido indebida y por tanto se ha vulnerado su derecho al honor. La inclusión en los ficheros requiere:

- Que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles. En este caso puede que la deuda sea cierta, pero en ningún modo es atribuible al demandante; además el TS en abundante jurisprudencia establece que además de cierta, vencida y exigible la deuda debe ser PERTINENTE, es decir, tiene que ser determinante para enjuiciar la solvencia económica del interesado, entendida como imposibilidad o negativa infundada a pagar una deuda.

- El TS como las Audiencias Provinciales recogen en abundante jurisprudencia que el requisito de la reclamación previa y la advertencia de inclusión en los ficheros no es un requisito baladí. En este caso ni siquiera consta acreditado que el requerimiento que hizo la demandada de la deuda, previo a la inclusión, llegara a su destino (doc. 7 de la contestación). Y prueba de que la demandada no se toma este requisito en serio es que ni siquiera después de haber hecho las reclamaciones oportunas por parte de [redacted] la demandada

le contesta a su dirección actual, sino mantiene las comunicaciones en el domicilio fijado por el suplantador. (doc. 2 de la contestación).

TERCERO.- Indemnización, error en la valoración de la prueba y en la interpretación del art. 9.3 de la ley 1/1982 de protección civil del derecho al honor.

CUARTO.- Artículo 394 de la LEC y en especial el articulo 394.2 LEC para aquella parte que hubiera litigado con temeridad. Se extiende el apelante en la doctrina jurisprudencial de la estimación sustancial de la demanda para solicitar la condena en costas de la demandada aun en el caso de que no estime íntegramente la pretensión indemnizatoria.

SEGUNDO.- Pues bien, en este caso consta que se ha incluido en los ficheros la deuda de 341,41 euros, en fechas 3 de septiembre y 1 de septiembre, correspondientes a impagos del contrato de financiación de una compra en el establecimiento [redacted] .

Es preciso examinar si en este caso se cumplen los extremos señalados por el apelante. Es doctrina reiterada del TS en aplicación art. 38 del RD 1720/2007 de 21 de diciembre que solo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible. b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico. c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación (STS nº 176/2013).

En primer lugar, se niega por el actor que se trate de una deuda cierta, vencida y exigible. Según se pone de manifiesto por el demandante le fue sustraído su documento de identidad y ha sido suplantada su personalidad, de modo que no es el autor de la compra que ha dado lugar a la deuda. Se aporta denuncia de 6 de octubre de 2019, y denuncia de 20 de agosto de 2019 en que se dice que se ha abierto una cuenta a su nombre. Refiere también una denuncia anterior de 12 de junio por extravío de DNI que no se aporta. La demandada, por su parte, aportó la nómina del actor que fue facilitada para pedir la financiación así como recibos cuyo pago se domicilian en una cuenta que no es la que refiere en la denunciada que ha sido abierta por un tercero con su documento de identidad. No se deduce pues de los hechos acreditados que la compra de junio de 2019 de la que deriva la deuda no fuera realizado por el ahora demandante. No consta, en suma, que no se trate de una deuda cierta, vencida y exigible .En efecto pese al relato realizado por el demandante, ni las

denuncias aportadas se refieren en concreto a esta compra ni consta reclamación sobre la deuda dirigida a la acreedora. Conforme dispone el artículo art. 38 del RD 1720/2007, se trata de deuda cierta cuando *"no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero."*

Ahora bien, resulta ser requisito también contemplado en el citado artículo 38 que se haya requerido de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

Respecto a este último requisito, la STS del 25 de abril de 2019, rec. 3425/2018, recordando la sentencia 740/2015, de 22 diciembre, reitera 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.*" Fundamento reiterado en STS672/20 de 11 de diciembre de 2020 en la que se concluye: "*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 caso se adujo por la demanda en su escrito de contestación a la demanda que " *envió la correspondiente reclamación por escrito al* [redacted] *con fecha 19 de agosto de 2019 (una vez se habían impagado las dos primeras cuotas del préstamo, emitidas con fecha 30 de junio y 30 de julio de 2019), advirtiéndole de que, en caso de no liquidar la deuda, CAIXABANK P&C podría incluir al actor en los ficheros comunes de información*

sobre solvencia patrimonial y crédito. Se aporta copia de la misma como Documento n.º7.Transcurrido un tiempo más que prudencial, no teniendo respuesta del [redacted]*, ni habiéndose efectuado ningún pago, mi representada pasó a incluir al demandante en los listados de EQUIFAX y ASNEF con fecha 1 y 3 de septiembre de 2019 (esto es, 62 días tras el primer impago).”* En efecto consta en los autos como documento nº 7 la referida carta dirigida al ahora demandante. Ahora bien, no consta en modo alguno su recepción por el deudor, quien niega que la entidad acreedora le haya remitido requerimiento alguno.

Por lo expuesto, procede acoger el motivo de recurso, 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

En consecuencia, el recurso resulta estimado en cuanto la demanda debe ser estimada al considera que sí existió una intromisión ilegítima en el honor del demandante con la inclusión en los ficheros EQUIFAX -ASNEF y EXPERIAN-BADEXCUG.

Debe, a continuación, examinarse la cuestión relativa a la indemnización de daños y perjuicios que se solicitó en la demanda en 9.000 euros.

TERCERO.- Sobre el importe de la indemnización.

La STS 130/2020 de 27 de febrero de 2020 con cita de las SsTS 261/2017, de 26 de abril, y 604/2018, de 6 de noviembre, refiere como doctrina relevante sobre la materia : *“(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". Y sigue la citada sentencia en cuanto a las circunstancias relevantes: "*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, 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."

Pues bien, deben en efecto valorarse las circunstancias particulares del caso. En primer lugar , la inclusión fue prolongada en el tiempo (desde septiembre de 2019) en dos ficheros; los ficheros fueron consultados en repetidas ocasiones como acredita la parte demandante (documentos nº 6 y nº 7 de la demanda) aunque no conste que se le haya causado ningún perjuicio patrimonial, denegación de préstamo, de financiación…. La escasa cuantía de la deuda, es criterio jurisprudencial consolidado que recuerda la citada STS 130/2020, no disminuye la importancia del daño moral que se le causó al demandante con la inclusión en los registros de morosos. Tampoco se desconoce que no cabe establecerse indemnizaciones meramente simbólicas que por ello no disuadan a los acreedores de incluir a los supuestos deudores en los repetidos ficheros sin cumplir los requisitos legales. Ahora bien teniendo en cuenta tales criterios, pero teniendo también en cuenta que el afectado no consta que haya hecho valer su derecho a la cancelación, la cantidad solicitada se considera excesiva considerándose más adecuada la cantidad inferior de 2.000 euros.

El recurso resulta en suma parcialmente estimado y con ello revocada la sentencia, acordando en consecuencia la estimación parcial de la demanda en los términos del fallo de esta resolución.

CUARTO.- Sobre las costas en primera instancia.

La STS 715/2015 de 14 de diciembre, sobre la estimación sustancial de la demanda y su efecto en la imposición de costas tras justificar por razones de equidad este criterio de imposición de costas y referirse al caso de la condena a indemnizar daños y perjuicios , tiene declarado: "*En la STS 21 de octubre de 2003, recurso núm. 1498/1999 , se razonó que « [e]sta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho, lo que, por lo antes explicado, determina el perecimiento de este apartado ». 3.- Por el contrario, esta Sala no ha apreciado estimación sustancial de la demanda en casos en los que, a pesar del carácter accesorio de la pretensión resarcitoria, este no se daba desde la perspectiva económica del proceso. Así, la STS 29 de septiembre de 2003, rec. 3908/1997 , razonó que « [n]o cabe argüir que la desestimación se refiere a aspectos accesorios, porque, aunque la pretensión resarcitoria tenga tal carácter en la perspectiva de la acumulación (accesoria, subordinada o condicionada), obviamente no lo tiene en la perspectiva económica del proceso (y así lo entiende la propia parte como se puede apreciar en el motivo 18º en el fundamento siguiente), y por otra parte tampoco cabe aceptar que la desestimación afecta a una parte mínima, -en orden a una hipotética aplicación de la doctrina de la "estimación sustancial"-, porque la sustancialidad de la parte desestimada no debe medirse en relación, sólo, con la totalidad de lo pedido, sino sobre todo con la importancia de lo no estimado".*

No resulta por tanto irrelevante en el momento de decidir sobre la imposición de costas en primera instancia la diferencia económica entre lo solicitado y lo estimado, diferencia que por su importancia impide en este caso considerar sustancialmente estimada la demanda. Por el contrario nos encontramos en el caso de estimación parcial, sin que se alegue y justifique por la apelante que la parte demandada haya incurrido en temeridad (la

alegación de la parte se extiende exclusivamente a la doctrina jurisprudencial sobre estimación sustancial). La aplicación del artículo 394.2 LEC lleva a la no imposición de costas en primera instancia.

QUINTO.- Parcialmente estimado el recurso, no procede imposición de costas de la alzada en aplicación del artículo 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

1º) Que debemos **ESTIMAR parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [redacted], frente a CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP, S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 7 de Leganés en fecha 2 de septiembre de 2020, autos de Procedimiento Ordinario nº 555/2019, **REVOCANDO** la sentencia, dictando otra en su lugar por la que se **estima parcialmente la demanda** y en consecuencia se declara que la entidad demandada CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER EFC EP, S.A., ha cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor por su inclusión en los ficheros ASNEF-EQUIFAX y EXPERIAN-BADEXCUG condenando a la demandada al pago de la cantidad de 2.000 euros, intereses legales desde la interposición de la demanda, y a la cancelación del registro en los ficheros de morosos referidos , sin imposición de costas en primera instancia.

2º) No se hace especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009,

de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, 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 tutela 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.