



Roj: **SAP MU 505/2021 - ECLI:ES:APMU:2021:505**

Id Cendoj: **30030370012021100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2021**

Nº de Recurso: **97/2021**

Nº de Resolución: **75/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CAYETANO RAMON BLASCO RAMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

MURCIA

SENTENCIA: 00075/2021

Modelo: N10250

1- UPAD CIVIL, PASEO DE GARAY Nº 3, 3^a PLANTA. 30003 MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968229180 **Fax:** 968229184

Correo electrónico: audiencia.s1.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: AFD

N.I.G. 30030 42 1 2018 0023503

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000097 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de MURCIA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000149 /2019

Recurrente: Laureano

Procurador: JOAQUIN SECADES ALVAREZ

Abogado: CESAR JOSE GARCÍA AMAT

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, WIZINK BANK, S.A.

Procurador: , MARIA JULIA BERNAL MORATA

Abogado: , FRANCISCO DOMINGO FRUTOS

SENTENCIA N° 75/21

ILMOS. SRES.

D. Miguel Ángel Larrosa Amante

Presidente

Dª María Pilar Alonso Saura

D. Cayetano Blasco Ramón

Magistrados

En la ciudad de Murcia a ocho de marzo del año dos mil veintiuno.



Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Ilustrísima Audiencia los autos de juicio ordinario núm.149/2019, que en primera instancia se han seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm.7de Murcia, entre las partes, como actor, y en esta alzada apelante, Don Laureano , representado por el procurador Sr. Secades Álvarez, y defendido por el letrado Sr. García Amat, y como demandada, y en esta alzada apelada, Wizink Bank, S.A., representada por la procuradora Sra. Bernal Morata, y defendida por el letrado Sr. Domingo Frutos, interviniendo en las actuaciones el Ministerio Fiscal que solicitó la confirmación de la sentencia dictada en la instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. CAYETANO BLASCO RAMÓN, que expresa la convicción del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado, con fecha 14 del mes de enero del año 2020, dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por el procurador D. Joaquín Secades Álvarez, en representación de D. Laureano , contra Wizink Bank, S.A., y le absuelvo de las pretensiones deducidas, imponiendo las costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, siéndole admitido, y tras los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se remitieron los autos a esta Audiencia, formándose el presente Rollo por la Sección Primera con el núm.97/2021, designándose Magistrado Ponente por turno y señalándose deliberación y votación para el día 8 de marzo del año dos mil veintiuno.

TERCERO.- Se considera que en la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la parte apelante, en síntesis, que la sentencia dictada en la instancia incurre en error a la hora de valorar la prueba, considerando que la misma se basa en el fundamento de que la deuda era líquida y exigible y que la carta enviada al actor en la que se le requirió de pago bajo el apercibimiento de incluirle en los ficheros se remitió a una vivienda de su propiedad, pero considera que en ningún caso entra a determinar si se cumplió, o no, con los requisitos que la legislación de protección de datos le requiere antes de proceder a la válida inclusión de una persona en lo llamado ficheros de morosos, considerando que no ha quedado acreditado que se le remitiera al actor la documentación aportada como documento número tres junto con el escrito de contestación, poniendo de manifiesto que el requerimiento de pago que obra en la contestación a la demanda es por importe de 140,62 euros, mientras que la cantidad inscrita en los dos ficheros de morosos es de 1.340,51 euro, de manera que los datos cedidos no eran exactos, ni actualizados y puestos al día, haciendo referencia a que en la sentencia no se hace referencia a la imposible lectura del clausulado de la tarjeta de crédito, donde debería haberse recogido que en caso de impago sería incluido en los ficheros de morosidad, considerando que es imposible su lectura. Se afirma que la cantidad por la que fue incluido en el registro de morosos como impagada de 1.340,51 le era desconocida, no habiendo recibido requerimiento por dicho importe en su domicilio habitual, considerando que no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 43 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPT 1999, donde se consagra el principio de que corresponde al acreedor asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 del Reglamento en el momento de notificar los datos al responsable del fichero, siendo el acreedor el responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos facilitados para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1992, de 13 de diciembre, añadiendo que dejó de abonar la cantidad debido a las discrepancias respecto de las cantidades que pasaban al cobro, considerando que la entidad demandada conocía las mismas y no las solventó, sino que pasó directamente a inscribirla en el fichero y por cantidad no coincidente con la reclamación que se dice haber realizado en fecha uno del mes de febrero del año 2007, sin efectuar el preceptivo requerimiento previo para darle la oportunidad de oponerse.

Se insiste por la apelante en que la cuantía inscrita no coincide con la que dice reclamarse previamente en un requerimiento sin firmar y sin que conste su recepción por el demandante, considerando que se trata de una cantidad ilíquida en cuanto que se ha realizado la liquidación de una manera unilateral, estimando que con ello se vulneran los artículos 4 y 29.4 de la LOPD, así como el artículo 38.a) del Reglamento que la desarrolla, aparte de que la Instrucción de 1995 que desarrolla la Ley del Derecho al Honor de 1992, prohíbe la inclusión en los ficheros cuando exista una disconformidad, y aunque se pudiera considerar que la deuda era cierta y debida, desde luego es inexacta por la discordancia existente entre el dato inscrito y el dato reclamado, no habiéndose respetado los principios de prudencia y proporcionalidad, ya que los datos no eran determinantes para enjuiciar la solvencia económica de la demandada.



Se alega, asimismo, que la demandada incumplió con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento que desarrolla la LO 15/99, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no habiéndosele informado a la hora de celebración del contrato en lo relativo a la posibilidad de ser incluido en un fichero de solvencia, invocando en concordancia con ello lo dispuesto en el artículo 80 de la LGCU, deteniéndose especialmente en que el contrato no era legible.

Se alega por la apelante que corresponde al acreedor ocuparse no sólo el envío de los requerimientos sino también de constatar que se ha producido la recepción con carácter previo a la inclusión en el fichero, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, considerando que el documento aportado por la demandada junto con su escrito de contestación se trata de un certificado elaborado unilateralmente por la empresa Servinform, estimando que en ningún caso se ha probado el envío ni la recepción por el destinatario, afirmando que en ningún caso puede darse por buena la comunicación aportada junto con la contestación como documento número cuatro en cuanto las cantidades pendientes de pago reflejadas en la misma no son las que constan en los ficheros, no comunicándole en ningún caso que podría ser incluida en un fichero de morosos.

La denegación de la indemnización de 8.000 euros solicitada por considerarse por el órgano judicial de instancia que no se ha producido intromisión alguna ilegítima, estima la apelante que contradice lo dispuesto por la jurisprudencia, considerando que teniendo en cuenta la duración del dato inscrito y la difusión del mismo, la cantidad solicitada es comedida y ajustada a derecho. A continuación, se argumenta sobre la prohibición de indemnizaciones simbólicas y sobre la utilización fraudulenta de los registros de solvencia por las grandes empresas.

Por último, se alega la posible nulidad de actuaciones por la defectuosa grabación del acto de la vista.

SEGUNDO.-La sentencia del Tribunal Supremo de fecha seis del mes de marzo del año 2013 declara que la inclusión de los datos personales en un registro de morosos por una deuda incorrecta vulnera el derecho al honor, remitiéndose a lo expresado en su sentencia de pleno de fecha 24 del mes de abril del año 2009 donde se reiteraba la doctrina asentada en su sentencia de fecha cinco del mes de julio del año 2004, debiendo traer a colación también la sentencia de fecha nueve del mes de abril del año 2012 al efecto de lo expuesto. Pero la sentencia citada de seis del mes de marzo del año 2013 da un paso más en cuanto que admite que la publicación de datos sobre deudas dudosas también vulnera el derecho al honor cuando falta el requisito de la calidad de datos, exigiéndose que la mencionada deuda sea líquida, vencida y exigible, esto es, inequívoca e indudable, añadiendo que no cabe incluir deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando un principio de prueba documental que contradiga su certeza o existencia. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 del mes de enero del año 2014 se refiere expresamente al principio de calidad de datos (artículo 4 de la LOPD) y a los términos de exactitud, adecuación y pertinencia y proporcionalidad de datos en relación a la finalidad perseguida, debiendo citarse también al efecto las sentencias de fecha 21 del mes de mayo del año 2014 y de 28 diciembre del año 2015.

Se debe precisar que conforme a lo previsto en el artículo 29.4 de la LOPT, los ficheros de registros de morosos no tienen como finalidad constatar si la demandada ha sido, o no, satisfecha del crédito que considera tener con la actora, sino suministrar información sobre la solvencia económica de sus deudores derivada del incumplimiento de obligaciones dinerarias que fueran vencidas, líquidas y exigibles, de manera que tan sólo podrían registrar y ceder los datos de carácter personal que fueran determinantes para tal solvencia.

Partiendo de lo expuesto, es cierto que la demandada acredita con el documento número cuatro aportado junto con el escrito de contestación a la demanda, que efectivamente se remitió una comunicación al actor, desprendiéndose ello de que la empresa encargada de efectuarlo, Servinform, aporta un listado de acuses de recibo con la etiqueta de Correos, donde aparece el nombre del actor y el domicilio que reflejado en el contrato, CALLE000 NUM000 - NUM001 , adjuntándose el contenido de la carta remitida y certificando que la fecha de entrega en Correos fue el tres del mes de febrero del año 2017 y que no existió devolución, y que el importe de la deuda era 140,62 euros, constituyendo el contenido de la misiva un requerimiento de pago por la cantidad antes citada y el apercibimiento de que si no se abona en los próximos 15 días se incluirán sus datos en los registros de morosos que se citan, infiriéndose de ello su comunicación, y si nos atenemos al hecho de que no fue devuelta y de que existió acuse de recibo, también su recepción, aun cuando este último extremo no ha quedado suficientemente aclarado, debiendo señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 del mes de diciembre del año 2020 declara, en interpretación del artículo 38.1.c del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre de protección de datos, 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. No obstante, aun cuando consideráramos por vía de presunciones su recepción, es de señalar que la deuda impagada que se comunica ascendía a 140,62 euro en la fecha en que se remite la carta, pero luego la inclusión en los registros de morosos, que se produce en Equifax en fecha tres del mes de marzo del año 2017 (fecha de alta), y en Experian en fecha



13 del mes de agosto del año 2017, se constata en esta última que el importe impagado es de 1.340,51 euros, reflejando que la fecha del primer impago fue el uno del mes de diciembre del año 2016 y la fecha de la última actualización el nueve del mes de septiembre del año 2018, coincidente con la fecha de máximo importe impagado (documento número cinco aportado junto con el escrito de demanda), de modo que se aprecia una discordancia entre la cantidad comunicada al deudor en febrero del año 2017 y la que figura en los ficheros de registros de morosos, no pudiendo predicarse por este motivo que el fichero goce de exactitud y certeza en cuanto que si bien es cierto que con respecto a la comunicación de 140,62 euros el deudor nada dijo luego de que se le comunicara, partiendo de la inferencia de que ello se produjo, y, por consiguiente, de dicha cantidad podría defenderse la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible, no puede decirse lo mismo respecto de la cantidad restante hasta completar los 1.340,51 euro en la que quedó finalmente actualizada la deuda, no constando que tales actualizaciones se comunicaran al deudor al objeto de que pudiera mostrar su disconformidad, y de hecho unos días después de la última actualización de fecha 9 septiembre del año 2018 consta que contradijo la deuda, habiéndose aportado a las actuaciones documento dirigido al servicio de atención al cliente de la demandada donde se expresa su disconformidad con la deuda que aparece en los ficheros de morosos (documento número cinco de la demanda), y la demandada le contesta (documento número seis de la demanda) en fecha 22 del mes de octubre del año 2018, considerándose por ello que ese incremento en la deuda que supuso una actualización o posteriores actualizaciones en el registro de moroso en ningún caso consta que el deudor fuera requerido de pago por las mismas al objeto de que pudiera mostrar su disconformidad con las mismas como finalmente hizo, de modo que tales actualizaciones no pueden ser calificadas como deudas vencidas, líquidas y exigible, o cuando menos no eran específicas, y si bien es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 del mes de octubre del año 2020 viene a exponer que cualquier oposición al pago de una deuda no permite suponer por sí mismo que la deuda sea incierta o dudosa porque de ser así se dejaría al arbitrio del deudor su calificación, al que le bastaría con cuestionar su procedencia cualquiera que fuera el fundamento de su posición a convertirla en deuda incierta, la realidad es que en el supuesto enjuiciado incluso se ha llegado a plantear finalmente una demanda (juicio ordinario 1292/2018 seguido ante el juzgado de primera instancia número 12 de Murcia; prueba aportada en la fase de proposición) cuestionando la validez del propio contrato que constituye la fuente de la deuda objeto de reclamación, de manera que existe una clara discordancia entre la cantidad comunicada al deudor en febrero del año 2017 y la que figura en los ficheros de registro de morosos, no pudiendo predicarse por este motivo, repetimos, que el fichero goce de exactitud y certeza, no compadeciéndose estas inexactitudes con el principio de calidad de datos exigible, debiendo razonar que para quienes consultaban los registros era factible el que obtuvieran una creencia errónea sobre la verdadera solvencia del deudor al advertir el aumento de la deuda con las continuas actualizaciones, lo cual incidía en la calificación de morosidad del mismo por considerar que se persistía en la misma e incluso aumentaba su cuantía, debiendo significar que en la contestación de la demandada a la carta remitida por el actor al servicio al cliente, se refiere a la aplicación de intereses y comisiones de impago, lo cual implica necesariamente una liquidación que hemos de entender que fue unilateral al no ser comunicada al deudor y requerido de pago por la misma con carácter previo a efectuar la actualización, de lo cual se infiere que el mismo en ningún caso pudo contradecirla si así lo hubiera considerado, y de hecho las consultas de los ficheros de los dos registros de moroso donde fue inscrito el actor, se producen en junio, julio, agosto y septiembre del año 2018, siendo inteligible que en tales fecha ya se habían operado las actualizaciones al menos en algunas de sus cuantías aun cuando la final lleve fecha nueve del mes de septiembre del año 2018, apoyando este razonamiento el hecho de que en la comunicación remitida por Experian a instancias judiciales se refiere que con fecha de alta en el fichero el día 13 del mes de agosto del año 2017 existía un importe impagado en el acta de 1340.51, y en la fecha de baja el día 23 del mes de diciembre del año 2018 por un importe de 1060,29 euros, lo cual da a entender que existía oscilaciones en las cantidades, aun cuando no es inteligible el que se abonara alguna de ellas después de que se hicieran las reclamaciones anteriormente mencionadas, llamando poderosamente la atención que en dicha comunicación a requerimiento judicial se recoja textualmente: "con fecha de alta en el fichero el día 13/08/2017, con un importe impagado en el alta de 1.340,51 euros", lo cual da a entender que desde el mismo día de la alta ya se declararon como deuda impagada lo 1340,51 euros y no los 140,62 euros por los cuales fue requerido de pago, lo cual da a entender que desde el inicio existía una discordancia entre la cantidad por la que fue requerido y la cantidad por la que se le dio de alta en los ficheros de morosos, y que en ningún caso, si nos atenemos a ello, existió actualización alguna, debiendo señalar que tales imprecisiones sobre la cuantía por la que fue requerido y la cuantía por la que fue dado de alta, unido al tema de las actualizaciones que en ningún caso ha quedado acreditado cuándo operaron las mismas y porqué cantidad, sino que tan sólo se pone de manifiesto la fecha de la última de ellas, permiten concluir que en ningún caso se ha cumplido con la exigencia de la calidad de datos en el sentido anteriormente expuesto.

Es cierto que en las comunicaciones remitidas a instancias judiciales por Equifax y por Experian se pone de manifiesto que fue dado de baja el actor en los ficheros el 21 del mes de diciembre del año 2018, y el 23 del



mes de diciembre del año 2018 respectivamente, si bien a la hora de establecer la parte dispositiva de esta resolución habremos de atenernos a lo solicitado sin perjuicio de que ello ya se haya producido.

En cuanto a la indemnización solicitada de 8.000 euros, se han de invocar los criterios establecidos por nuestro más Alto Tribunal al respecto, en concreto se citan las sentencias de 18 de febrero del año 2015, 21 de junio del año 2018 y 21 de septiembre del año 2017, debiendo añadir que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo del año 2013 (fundamento de derecho sexto) establece que apreciada la intromisión ilegítima en el derecho al honor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la LPDH, la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, y como la ley no concreta estos extremos, la citada sentencia, con remisión a la dictada en fecha 21 de noviembre del año 2008, dice que estos deben quedar en la soberanía del tribunal de instancia, y dado que la sentencia ha sido absolvatoria, procede entrar a valorar tales criterios en la alzada, y teniendo en cuenta el tiempo que permaneció la actora dada de alta en el registro de morosos, en ambos casos más de un año, y que las consultas recibidas, tres en el caso de Experian y seis en el caso de Equifax, permiten considerar que existió una cierta difusión, estimamos ponderada la cantidad reclamada por la actora, no debiendo olvidar que el precepto citado establece que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, constituyendo una presunción "iure et de iure", estimando, pues, ponderados y adecuados los criterios expuestos para determinar la cuantía indemnizatoria fijada a partir de los mismos.

En cuanto a la solicitada de nulidad de actuaciones por no oírse correctamente la grabación, hemos de invocar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 del mes de diciembre del año 2009, donde se expone que la nulidad de actuaciones es una medida excepcional y de interpretación restrictiva, resultando necesario para su apreciación el que se haya producido una efectiva indefensión a las partes en litigio, no considerando que ello suceda en el supuesto enjuiciado en cuanto que la base fundamental para estimar la pretensión se encuentra en la prueba documental aportada por una y otra parte, y si se observa la instructa de prueba de la actora, la testifical propuesta es las de los registros de solvencia pero por vía escrita al amparo del art.381 de la LEC, y constan unidas a las actuaciones sus respuestas.

TERCERO.-Se imponen a la parte demandada las costas procesales de instancia (artículo 394 de la LEC).

No procede verificar expresa imposición en cuanto a las costas procesales de esta alzada (artículo 398 LEC).

Vistos los preceptos citado y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por Don Laureano , a través de su representación procesal, contra la sentencia dictada en fecha 14 del mes de enero del año 2020, en el juicio ordinario seguido con el núm.149/19 ante el Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Murcia , debemos REVOCAR la misma y dictar otra en su lugar por la cual se estima íntegramente la demanda planteada y se condena a WIZINK BANK, S.A., a estar y pasar por la declaración de que la inclusión de la actora en el fichero Badexcug y en su caso Asnef ha supuesto una vulneración de su derecho al honor, debiendo abonar la misma al actor la cantidad de ocho mil euros (8.000 €) por daños morales, y debiendo excluir a la actora de los citados ficheros, aun cuando este último extremo en las actuaciones se ha puesto de manifiesto que ya se ha producido, imponiendo a la demandada el pago de las costas procesales de instancia, sin verificar expresa imposición en cuanto a las causadas en esta alzada.

Se acuerdan la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndole saber que no es firme en cuanto que podría interponer recurso de casación en los términos del artículo 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal, a interponer ante esta Sección 1ª. De la Audiencia Provincial de Murcia, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, debiendo acreditar el depósito de la cantidad de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª, apartados 1 , 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial , así como el pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012.

Llévese testimonio de esta resolución al rollo de Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán éstos para su ejecución y cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se extenderán los oportunos testimonios, lo pronunciamos,
mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ