



Roj: **SAP MU 812/2021 - ECLI:ES:APMU:2021:812**

Id Cendoj: **30016370052021100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **13/04/2021**

Nº de Recurso: **82/2021**

Nº de Resolución: **83/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JACINTO ARESTE SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00083/2021

Modelo: N10250

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

-

Teléfono: 968.32.62.92. **Fax:** 968.32.62.82.

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JFS

N.I.G. 30016 42 1 2019 0003136

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000082 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. 1A. INSTANCIA N. 3 de CARTAGENA

Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000552 /2019

Recurrente: Ramón

Procurador: JOAQUIN ROS NIETO

Abogado: JESUS ANTONIO VIARTOLA BRAÑA

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

Procurador: MARIA JESUS GOMEZ MOLINS,

Abogado: DAVID CASTILLEJO RIO,

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO DE APELACION Nº 82/2021

JUICIO ORDINARIO Nº 552/2019

JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº 3 DE CARTAGENA

SENTENCIA NUM. 83

Il'tmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

Presidente

D. Jacinto Aresté Sancho

D. Matías M. Soria Fernández Mayoralas

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a trece de abril de dos mil veintiuno.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario número 552/2019 - Rollo 82/2021-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Cartagena, seguidos a instancia de D. Ramón defendido por el/la Letrado/a Sr./a. D. Jesús Antonio Viartola Braña y representado por el/la Procurador/a Sr./a. D. Joaquín Ros Nieto y de otra, como demandado/a Wizink Bank, S.A. representado/a por el/la Procurador/a Sr./a. Doña M^a Jesús Gómez Molins y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./a. D. David Castillejo Rio, con intervención del Ministerio Fiscal, en la persona de Doña Ana Vidal Dodero como representante del mismo, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. En esta alzada actúan como apelante el demandante y como apelados el demandado y el Ministerio Fiscal. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don Jacinto Aresté Sancho, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Cartagena en los referidos autos, tramitados con el número 552/2019, se dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO 1.- Desestimar la demanda interpuesta por D. Ramón contra Wizink Bank, S.A. 2.- Imponer las costas a la parte actora."

SEGUNDO. - Contra la anterior sentencia subsanada, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, RECURSO DE APELACION por la parte demandante, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentaron cada una escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 82/2021, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día de la fecha su votación y fallo.

TERCERO. - En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de primera instancia desestima la demanda en que, ejercitando una acción de protección del derecho al honor, la imagen y la intimidad, al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, el actor pretendía que se declarara la vulneración de su derecho al honor, intimidad, y protección de datos por parte de una entidad bancaria al haberle incluido en dos ficheros de morosos, la condena a la exclusión de los ficheros, y una indemnización de 7.000 €, en concepto de daño moral genérico. Dicha resolución expone la normativa de aplicación y la jurisprudencia sobre la misma en cuanto a los requisitos de la deuda impagada para su inclusión en un registro de morosos, y considera que concurren en el presente caso: deuda cierta, vencida, exigible e impagada; menos de 6 años desde el vencimiento; requerimiento de pago al demandante el 15 de julio de 2016 con aviso de su inclusión en el fichero de morosos. Además, considera que no se han acreditado daños concretos, y que la cancelación de la inclusión tuvo lugar antes de la presentación de la demanda. La demandante interpone recurso de apelación fundado en que no concurren los requisitos de inclusión, al no cumplir el supuesto requerimiento previo las condiciones exigidas por lo jurisprudencia, y no ser pacífica la deuda, cuya existencia no cuestiona, pero si los intereses que estima abusivos. Considera, en cuanto a la cancelación, que se trata de una afirmación de la demandada sin prueba alguna

SEGUNDO. - Entendemos a asiste la razón al apelante en lo relativo al requerimiento previo. La sentencia impugnada se refiere al mismo, señalando que " *La entidad Barclaycard remitió carta de requerimiento de pago al demandante con fecha 15/07/2016, avisando de su inclusión en el fichero de morosos y de la resolución contractual en caso de impago de la deuda en el plazo señalado ... La prueba documental aportada ha acreditado el requerimiento de pago al deudor, efectuado con carácter previo a la inclusión en el registro de morosos, mediante carta dirigida por la entidad Barclaycard el 15/07/2016*". Consultada la contestación a la demanda y

los documentos acompañados a la misma, resulta que, por lo que se refiere a esa comunicación, consta una certificación de la empresa Nexea, de que se depositó en correos, sin incidencias. No hay ningún elemento que acredite la recepción. Además, hay otra certificación de la empresa Servinform de otro preaviso, con similares características, pero en que consta que la entrega en correos se produce el 15 de octubre de 2018, fecha en que ya se había procedido a la inclusión en el fichero de morosos, por lo que la única anterior sería la de 2016. La demandada sostiene que esas comunicaciones han sido considerado suficientes por la Agencia de Protección de datos. Sin embargo, ello no es relevante, porque lo han sido en el seno de procedimientos sancionadores. Por el contrario, la jurisprudencia civil ha considerado que no bastan, salvo que se pudiera deducir de otros elementos, que aquí no concurren, la recepción del aviso.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4204/2020), contemplando un caso en que el requerimiento era muy similar al practicado en el aquí enjuiciado, argumenta:

"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"

TERCERO. - Incumplido el requisito del requerimiento previo exigido por la normativa vigente, constituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, la conclusión es que ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Procede, en consecuencia, con estimación en estos puntos del recurso, declararlo así y condenar al pronunciamiento dirigido a su cesación, al no constar, como señala el apelante, que efectivamente se haya producido.

Igualmente procede la condena a indemnizar, conforme a la presunción establecida en el artículo 9.3, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y a los criterios establecidos en la misma: circunstancias del caso, gravedad de la lesión, y difusión o audiencia. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (ROJ: STS 1645/2017) recuerda, con cita de resoluciones anteriores, que se trata de una "presunción iuris et de iure", esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable" que "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, cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias

concurrentes en cada caso"; que " que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico". Más en concreto, indica que " Descendiendo al supuesto enjuiciado sobre la 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 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"

En el presente caso, teniendo en cuenta que el actor ha estado incluido en los ficheros al menos un año; que ha debido recurrir al presente procedimiento para conseguir su exclusión después de una primera gestión infructuosa, que no consta que haya tenido repercusión en su esfera patrimonial, en cuanto no consta la frustración de ninguna operación, pero que sí se consultó, según la documentación remitida por Equifax, en varias ocasiones, por dos entidades bancarias, CAIXABANK y Banco de Santander, coincidiendo además en el tiempo con el proceso de refinanciación de deuda con esta última entidad, entendemos adecuada a las circunstancias del caso la indemnización de 3.000 €

CUARTO. - Al estimarse parcialmente tanto la demanda como la apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394, 397 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

En nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Joaquín Ros Nieto, en nombre y representación de Don Ramón , contra la sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Cartagena en el Juicio Ordinario número 552/2019, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución, que dejamos sin efecto alguno y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda presentada por dicho recurrente contra Wizink Bank, S.A., debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS** que la entidad demandada Wizink Bank ha atentado contra el honor e intimidad del actor por su inclusión en los ficheros Asnef y Badexcug y **CONDENAMOS** a la demandada a excluirlo, sino lo ha hecho ya, de los citados ficheros y a indemnizar al actor, en concepto de daño moral genérico, en la suma de 3.000 €; absolviendo a la demandada respecto a las pretensiones no incluidas en la condena; y ello sin expresa imposición de las costas procesales de ninguna de las instancias.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación conforme lo previsto en el artículo 477-2-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también el extraordinario por infracción procesal con arreglo a lo dispuesto respectivamente en el artículo y 469 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro de los veinte días a contar desde su notificación y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad BANCO DE SANTANDER; y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.