



Roj: **SAP O 1992/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1992**

Id Cendoj: **33024370072019100295**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **19/09/2019**

Nº de Recurso: **456/2019**

Nº de Resolución: **299/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA

GIJON

SENTENCIA: 00299/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SECCIÓN SÉPTIMA

GIJÓN

Modelo: N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Teléfono: 985176944-45 **Fax:** 985176940

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. 33024 42 1 2018 0008588

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000456 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON

Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000768 /2018

Recurrente: Eugenia

Procurador: SUSANA FERNANDEZ COBIAN

Abogado: MARÍA JOSÉ GARCÍA-VALLAURE RIVAS

Recurrido: **BANCO** BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A

Procurador: MANUEL FOLE LOPEZ

Abogado: ANA BARANDA GARCIA

SENTENCIA nº. 299/2019

PRESIDENTE: ILMO. SR. D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. JOSE MANUEL TERAN LOPEZ

MAGISTRDO: ILMO. SR. D. PABLO MARTINEZ HOMBRE GUILLEN

En GIJON, a diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJON, los Autos de ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 768/2018, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 456 /2019**, en los que aparece como **parte apelante, D^a Eugenia**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. SUSANA FERNANDEZ COBIAN, asistida por la Abogada D^a. MARÍA JOSÉ GARCÍA-VALLAURE RIVAS, y como **parte apelada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. MANUEL FOLE LOPEZ, asistido por la Abogada D^a. ANA BARANDA GARCIA, y **MINISTERIO FISCAL**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, dictó en los autos de ordinario derecho al honor 768/18 Sentencia de fecha 8 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO

Que **estimando en parte** la demanda formulada por la Procuradora Sra. Fernández Cobián, en nombre y representación de D^a Eugenia contra la mercantil **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, representada por el Procurador Sr. Fole López:

- a) Declaro que la demandada ha atentado contra los derechos fundamentales al honor, propia imagen y protección de datos de carácter personal de la actora por su inclusión en el fichero Asnef-Equifax.
- b) Declaro que la demandada está obligada a resarcir a la actora por la lesión a sus derechos fundamentales al honor, propia imagen y protección de datos de carácter personal.
- c) Condeno a la demandada a indemnizar a la actora en la suma de **cuatro mil euros (4.000 €)** en concepto de daños morales, más intereses legales desde la interposición judicial.

Todo ello sin hacer imposición de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DOÑA Eugenia, se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 18 de septiembre de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON PABLO MARTINEZ HOMBRE GUILLEN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, estimó parcialmente la demanda formulada por la representación de doña Eugenia, y condenó a la demandada **Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA**, al pago de la cantidad de 4.000 euros como resarcimiento del daño moral que se estimó que se había ocasionado a la demandante, con ocasión de su inclusión en dos fichero de solvencia patrimonial, al considerarse que con ello incurrió un supuesto del art. 7 nº 7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a Intimidación Personal y a la Propia Imagen.

Frente a dicha sentencia se alza el presente recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante solicitando se eleve a la cifra de 5.000 euros dicha indemnización, partiendo de todos los datos que estima probados la sentencia apelada que justificarían a su juicio dicha cuantía como más ajustada a la entidad de la lesión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 3º de la LO, y tal como en casos similares vendría otorgando la jurisprudencia, interesando, de igual modo, la condena de la demandada al pago de las costas causadas en primera instancia.

SEGUNDO.- La posición en esta materia por parte de esta Sala viene fijada especialmente desde las sentencias de 10 y 17 de julio de 2015, siguiendo fundamentalmente la doctrina sentada al respecto por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015, donde se establecen los criterios a considerar en función de las circunstancias concurrentes para adecuar las pautas del art. 9 nº 3 de la Ley Orgánica 1/1982, a las particularidades que presentan las intromisiones derivadas de una indebida inclusión de datos en un fichero de insolvencia patrimonial.

Al respecto, se parte del criterio general, ya señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de diciembre de 2011), de que en este tipo de lesiones no caben indemnizaciones simbólicas, cosa que como tal no puede considerarse que ocurra en el supuesto de autos, sin que quepa acudir a las valoraciones que resultan con arreglo al baremo previsto para los daños derivados de accidentes de circulación, por cuanto, como ya se indicó en la segunda de las resoluciones citadas, no se trata de tomar como referencia para dicha



valoración las indemnizaciones del daño psíquico del anexo, "porque no nos hallamos en el caso enjuiciado ante un daño moral puro, asimilable al daño psíquico en el que esta Sala (sentencias de 30 de mayo de 2012 y de 14 de abril de 2015) ha utilizado la valoración del anexo para cuantificar los episodios de ansiedad , sufrimiento, zozobra etc. que los perjudicados habían manifestado sufrir durante un periodo concreto, a falta de otros parámetros para su cuantificación, lo que ha hecho el TS en su sentencia de 9 de diciembre de 2010, sino ante un daño moral impropio, como define la sentencia del TS de 27 de julio de 2006, que tiene un componente patrimonial y, lo que es más importante, posee unos criterios legales propios para su cuantificación que hacen innecesario e improcedente acudir a otros".

Por lo tanto deben seguirse las pautas del art. 9 nº 3 de la citada Ley Orgánica que determina la necesidad de fijar la indemnización en atención al daño moral, lo que "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", y como tales circunstancias a tener en cuenta las indicadas resoluciones hemos acudido a: la gravedad de la negligencia y grado de proporcionalidad de la actuación de la demandada; las gestiones que hubo de realizar el demandante para darse de baja de los registros; la permanencia en el tiempo de la inclusión de los datos del accionante en el registro "pues este periodo prolongado de injustificada permanencia en el registro agrava la entidad de la lesión e incrementa la posibilidad de divulgación para las entidades que consulten el fichero del asiento relativo al demandante que menoscaba su imagen de solvencia personal y patrimonial"; y finalmente el dato de la difusión.

Por el contrario se ha considerado irrelevante el importe pequeño del débito incluido en el registro, o lo limitado de la difusión de la información ofrecida por este tipo de registros en contraste con las noticias publicadas en medios de comunicación de acceso masivo. Con respecto a este último punto, al igual que en el caso contemplado en la citada sentencia de 17 de julio de 2015, ya advertimos que "Con esta comparación introduce un elemento erróneo para graduar el daño, pues mientras que el análisis de la difusión de una información en un medio de masas ha de ser cuantitativo, ya que la información se traslada a una generalidad de personas, muchas de ellas sin conocimiento ni relación actual o futura con el accionante, que no obstante, por el hecho de su general divulgación es susceptible de causarle perjuicios al dar una dimensión peyorativa de su honorabilidad o imagen, de modo que debe evaluarse la tirada o el nivel de audiencia del medio para graduar el daño moral sufrido, como también han de considerarse especialmente otros parámetros contemplados por el artículo 9 de la LO, de evidente contenido patrimonial, como es el beneficio buscado y obtenido por la publicación de la noticia. En este caso, sin embargo ,la dimensión del perjuicio por su difusión ha de ser cualitativa , ya que cada consulta en el fichero causa un perjuicio al menos potencial al sujeto en la medida que la consulta lo es de quien directamente accede a sus datos porque tiene o desea tener el futuro alguna relación comercial con el afectado" conclusión se desprende de la sentencia del TS de 18 de febrero de 2015 , que valora la naturaleza de las empresas que consultan los registros de este tipo que facilitan crédito o servicios y suministros, de suerte que " bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet)", "para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos registros de morosos son consultados por las empresas asociadas para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado "crédito responsable", destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares, a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios..." sentencia que igualmente declara que la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros, va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias.

A estos afectos, en la STS de 27 de abril de 2017 resume los criterios marcados por dicho Tribunal al objeto de valorar el daño moral señalando que debe tenerse en cuenta:

- con carácter general en los casos de vulneración del derecho fundamental al honor, han de aplicarse las previsiones de la 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 que establece es su art. 9.3 una presunción "iuris et de iure", de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor (STS de 5 junio de 2014), y asimismo que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico (STS de 11 de diciembre de 2011 o 4 de diciembre de 2014).



Como criterios concretos, en los casos de inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD será indemnizable:

- la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo,
- la afectación a la dignidad en su aspecto externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas, y que como señala la STS de 18 de febrero de 2015, debe 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, así como el tiempo de permanencia,
- 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,
- asimismo, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que causa la inclusión en los registros de morosos.

TERCERO.- Esencialmente en el recuso de alega como presupuesto para valorar correctamente la indemnización a conceder que estamos ante la inclusión de una deuda que no era exigible, sin el cumplimiento del requisito del requerimiento previo de pago advirtiendo de tal inclusión en caso de desatención, por un periodo de dos años, siendo en el caso del fichero ASNEF objeto de consulta, durante veintidós ocasiones, por las entidades Caixabank, BBVA y Mapfre; mientras que el fichero BADEXCUG, la inclusión se produjo desde el 11 de septiembre de 2016 hasta el 31 de octubre de 2018 siendo consultado este fichero nada menos que en CIENTO DIEZ ocasiones, en este caso por las entidades Barclays Bank, Caja Rural de Asturias, Unión Asturiana, Banco Santander, Caixabank, Liberbank, Banco Sabadell, Cofidis, Evo Finance, Zaplo, BBVA, Vodafone, Telefónica de España y Orange. Además en el fichero Experian- Badexcug, también figuran una serie de consultas BATCH o automáticas llevadas a cabo por las siguientes entidades: Banco Popular, Banco Sabadell, Banco Santander, Barclays Bank, BBVA, Caja Rural de Asturias, Caixabank, Ing Direct, Liberbank, Orange, Unoe Bank, Vodafone y Wizink Bank.

La apelada, en su oposición a la apelación cuestiona tales periodos, pues aún reconociendo una indebida inclusión del dato en ambos ficheros, considera que en origen la deuda, que emanaba de un contrato de tarjeta de crédito, merced al incumplimiento de la acreditada de la obligación de amortización del mismo mediante el pago de las cuotas estipuladas, era válida, estaba vencida y era exigible, y puesto que también se cumplió con el requisito de requerimiento previo de pago con la advertencia de la inclusión de la deuda en tales ficheros, considera que la intromisión ilegítima solo se produciría a partir de la admisión a trámite de la demanda (21/02/2018) donde la representación de la actora solicitó se declarase la nulidad de aquel contrato de la tarjeta por considerar el tipo de interés remuneratorio usurero, lo que así fue declarado por sentencia de 16 de mayo de 2018 dictada en primera instancia y confirmada por la dictada en grado de apelación de fecha , y por lo tanto devenir el importe de la deuda en "controvertido", debiendo valorarse que la baja en ambos ficheros tiene lugar el 13 de septiembre y el 31 de octubre de 2018.

Tal argumentación se comparte puesto que, sí cabe advertir que existió un requerimiento previo con dicha advertencia, ya que, pese a lo afirmado en la sentencia de la instancia, los dos requerimiento expresan el importe reclamado, , y aunque esta Sala se ha mostrado muy rigurosa a la hora de exigir la acreditación de dicho requisito, diversamente a lo señalado en la misma la normativa no exige que el mismo sea fehaciente, y puesto que la propia apelada acompañó dichos requerimiento en la demanda por ella interpuesta pretendiendo la nulidad del contrato, el cumplimiento de tal requisito queda así acreditado, pues difícilmente puede negarse que el mismo no hubiese llegado a su destinataria, y aunque no existe constancia de la fecha de la recepción, teniendo presente que se trata de dos cartas fechadas el 17 de agosto de 2016, parece razonable estimar que tal recepción se realizó con la suficiente antelación-

Por otro lado, debe concluirse que la deuda en su origen era válida, vencida y exigible, puesto que se adecuaba a las propias previsiones del contrato, en principio válidas, que en ningún caso fueron cuestionados en su día por la apelada quien únicamente, en reclamaciones ulteriores a la inclusión del dato en los ficheros, negó la deuda afirmando la cancelación del saldo con anterioridad, esto es por causas diversas a la que ulteriormente dio origen a la demanda de nulidad, y si bien es cierto que esta fue ulteriormente estimada, podrá concluirse que desde el momento de la interposición de la misma, la deuda resultaría controvertida, mas, como ya hemos razonado en otras ocasiones (por todas, sentencia de 12 de septiembre de 2019), la disconformidad manifestada cuando la deuda ya había tenido acceso a los ficheros, no convierta en incierto lo que en aquel momento no lo era.



CUARTO. - Aun así, se considera por la Sala que el recurso debe ser estimado, por seguir adecuándose la cantidad pretendida por la apelante a las circunstancias del caso, pues estamos ante la inclusión en dos ficheros por un periodo relevante, durante parte del mismo, la deuda no es ya que fuera controvertida, sino que no existía como tal deuda (si que pueda equipararse a la misma la resultante de la liquidación planteada tras la declaración de nulidad del contrato); también lo ha sido también la difusión del dato, bastando con señalar que en el caso del fichero BADEXCUG hay durante el mismo treinta y cuatro consultas por ocho empresas financieras o de telefonía móvil, además de las consultas batch a las que se refiere el recurso: mientras que en el otro fichero el total de consultas serían de quince por dos entidades, una de ellas la propia apelante, y aun cuando en este caso también figuró la actora por deudas mantenidas con otras dos entidades bancarias, lo fue por un corto espacio de tiempo, en uno de los casos hasta el 1 de marzo de 2018 y en el otro entre el 16 de abril y el 18 de mayo, debiendo además insistir que tal coincidencia no implica que no exista daño moral, pues aunque la buena fama, la confianza que pudiera merecer la actora frente a tercero, su imagen de persona solvente y cumplidora de sus obligaciones ya se había visto comprometida por tales inclusiones, la conducta de la demandada no resulta a estos efectos intrascendente, pues con la inclusión de su crédito agrava injustificadamente ese desmerecimiento público previo de su imagen, pues no resulta indiferente que el demandante figure en fichero en cuestión deudor de una persona, por una o varias deudas (como en el supuesto de autos), a que lo haga como acreedor de varias, caso este último en que la imagen que ofrece no lo es de alguien que puntualmente, por razones que pueden ser muy diversas, aparentemente no ha hecho frente a una deuda, sino que la imagen que ya se proyecta es la de una persona insolvente, que no puede hacer frente a sus obligaciones, o simplemente el de un persona que se muestra informal en el cumplimiento de sus compromisos con respecto a los demás y que tiende a no hacer frente a sus débitos, todo ello, al margen de que durante buena parte del periodo contemplado el crédito de la apelante es el único que se publica.

Junto a todo ello, deben valorarse, las gestiones realizadas por la demandada, destacándose que hizo uso de su facultad de cancelación y que, al menos el denominado ASNEF, la cancelación hubo de realizarse a su instancia mediante la presentación de la sentencia que declaraba la nulidad del contrato.

Partiendo de ello la cuantía de la indemnización concedida no se ajusta plenamente a los parámetros que ha manejado esta Sala y el Alto Tribunal, con la consiguiente estimación del recurso, y baste señalar que STS de 18 de febrero de 2015, eleva la indemnización concedida hasta 10.000 euros en un supuesto en el que existían cuatro consultas o la STS de 12 de mayo de 2015 que fija en 10.000 euros para cada uno de los actores pese a que existía la deuda que se redujo ligeramente en una junta arbitral pero no constaba cumplido el requisito del requerimiento y, más recientemente, la Sentencia de 21 de septiembre de 2017 (con cita de las dictadas el 12 de mayo y 18 de febrero de 2015) y con especial referencia a la dictada 26 de abril de 2017, en ambas la indemnización fijada por el Juzgado de Primera Instancia en 8.000 y 7.000 euros, respectivamente, cantidades que eran las solicitadas, se rebajó por la Audiencia Provincial a 2.000 y 1.500 euros respectivamente, siendo éstas casadas por dicho Tribunal en aplicación de los criterios recogidos en la presente resolución. En la primera, los datos se incluyeron ilegítimamente en dos ficheros, pero por un tiempo de nueve y seis meses, respectivamente, los datos fueron comunicados a varias entidades (siete comunicaciones en cada fichero). Por su parte en la STS de 26 de abril de 2017, la constancia de la actora en los dos ficheros de morosos lo fue por periodo de seis meses en uno de ellos y en el segundo cuando se dictó la sentencia de primera instancia alcanzaba ya veintidós meses. En cuanto a las vistas realizadas por distintas entidades fueron cuatro las consultoras de uno de ellos y tres en el otro, todas ellas entidades financieras o de servicios y suministros.

QUINTO- La estimación del recurso determina la íntegra estimación de la demanda por lo que se imponen a la demandada las costas causadas en la primera instancia, sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por razón del presente recurso (art 394 nº 1 y 398 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil),

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias dicta el siguiente

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Eugenia contra la sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil diecinueve dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón en autos de juicio ordinario nº 768/2018, la cual se revoca en parte en el sentido de elevar en 1.000 euros más la indemnización en ella contenida, junto con los intereses legales correspondientes de esta cantidad devengados a partir de la fecha de interposición de la demandada y que lo serán al tipo previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a partir de la fecha de esta resolución, todo ello con imposición de las costas causadas en primera instancia a la demandada **Banco** Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, y sin expresa declaración en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada.

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