



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00182/2022

Modelo: N10250
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 Fax: 985968757
Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2020 0005347
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000690 /2021
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de OVIEDO
Procedimiento de origen: ORI ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000504 /2020

Recurrente: SISTEMAS FINANCIEROS MOVILES SL
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: MINISTERIO FISCAL,
Procurador: , [REDACTED]
Abogado: , JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

RECURSO DE APELACION (LECN) 690/21

En OVIEDO, a dieciséis de Mayo de dos mil veintidós. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Riaza García, Presidente, D^a [REDACTED]^a [REDACTED] y D. [REDACTED], Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el Rollo de apelación núm. 690/21, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, Derecho al Honor, que con el número 504/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, siendo apelante **SISTEMAS FINANCIEROS MOVILES S.L.**, demandada en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA [REDACTED] y asistida por el



[REDACTED]
16/05/2022 13:09
Minerva

[REDACTED]
Minerva

[REDACTED]
17/05/2022 09:10
Minerva



Letrado DON [REDACTED]; y como parte apelada DON [REDACTED], demandante en primera instancia, representado por el Procurador DON [REDACTED] y asistido por el Letrado DON JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO; **EL MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia; **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don [REDACTED]**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 20 de Enero de 2021 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda formulada por el Procurador Sr. [REDACTED], en nombre y representación de D. [REDACTED], debo declarar y declaro: Que la **inclusión del actor en el fichero BADEXCUG ha supuesto una vulneración de su derecho al honor**, por ilegítima, debiendo la entidad demandada estar y pasar por dicha declaración, **condenando a la cancelación de los datos del actor en dicho registro u otro en el que hubiese sido incluido, así como a abonar a la parte actora el importe de 2.000 euros por daños morales**, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la interposición de la demanda, sin especial pronunciamiento en materia de costas."*

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 09.05.2022.





TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia en relación a la demanda presentada por D. Higinio Gómez Alonso, frente a la entidad Sistemas Financieros Móviles, S.L y el Ministerio Fiscal, en reclamación de la cantidad de 4850 euros en concepto de indemnización por los daños morales ocasionados en el honor del actor por la indebida inclusión en los ficheros de solvencia patrimonial, estimó parcialmente la demanda al entender acreditada la existencia de una deuda cierta, vencida exigible. Y en cuanto al requisito del requerimiento, no lo estima probado al no constar la recepción por el actor de las comunicaciones enviadas por la demandada. Como consecuencia de ello, fijó como indemnización la cantidad de 2000 euros.

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se alega el error en la valoración de la prueba por parte de la juzgadora en tanto de la documental aportada consta de forma fehaciente que el Sr. [REDACTED] no solo recibió las comunicaciones remitidas sino que las mismas fueron leídas, por lo que se cumpliría el requisito del requerimiento en la forma fijada por la normativa al respecto, por lo que teniendo en cuenta que la deuda era cierta, el recurso debe ser estimado.

Por su parte la representación del Sr. [REDACTED], se opuso al recurso, insistiendo en que la deuda no era cierta.





SEGUNDO.- El TS ha establecido una jurisprudencia relativamente extensa sobre la vulneración del derecho al honor como consecuencia de la inclusión de los datos personales en un fichero de incumplimiento de obligaciones dinerarias sin respetar las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos personales, tal como se recoge en la de 1 de marzo de 2016, con amplia cita de precedentes.

Los llamados "registros de morosos" son ficheros automatizados (informáticos) de datos de carácter personal sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, destinados a informar a los operadores económicos (no solo a las entidades financieras, también a otro tipo de empresas que conceden crédito a sus clientes o cuyas prestaciones son objeto de pagos periódicos) sobre qué clientes, efectivos o potenciales, han incumplido obligaciones dinerarias anteriormente, para que puedan adoptar fundadamente sus decisiones sobre las relaciones comerciales con tales clientes.

Corresponde a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de tales requisitos. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de que los afectados puedan ejercitar sus derechos de rectificación o cancelación.

Po lo que si no fueran respetadas estas exigencias y como consecuencia de dicha infracción se causaran daños y perjuicios de cualquier tipo a los afectados, el art. 19 LOPD, en desarrollo del art. 23 de la Directiva, les reconoce el derecho a ser indemnizados.





Por esta razón, la regulación de la protección de datos de carácter personal es determinante para decidir si la afectación del derecho al honor, en el caso de inclusión de los datos del afectado en un "registro de morosos", constituye o no una intromisión ilegítima, puesto que si el tratamiento de los datos ha sido acorde con las exigencias de dicha legislación (es decir, si el afectado ha sido incluido correctamente en el "registro de morosos"), no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima.

Los artículos 38 y ss del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, conforme al cual solo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado cuando concurren 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, con advertencia de que, caso de no producirse el pago en el término previsto para ello, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, particular este último que resulta del artículo 39 del Reglamento.





Cuando la deuda es cierta, líquida, vencida y exigible se cumple con el principio de calidad de los datos sancionado en el artículo 4 de la ley, de modo que el acreedor podrá cederlos al titular del fichero siempre y cuando haya cumplido con el requerimiento previo de pago al deudor, con apercibimiento expreso de que en otro caso procederá a la comunicación antedicha.

El TS ya había indicado que si la deuda era 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, incluso así, podría ocurrir que no fuera 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".

La sentencia de instancia estimó que la deuda por la que fue informado el apelado era cierta, vencida y exigible dado que el Sr. Gómez no había abonado el principal, concretamente los 350 euros del micro-préstamo, pronunciamiento que no acepta la parte apelada y con razón, dado que efectivamente la entidad apelante informó en fecha 10 de diciembre del 2017 por una deuda de 561 euros, cuando era evidente por cuanto así consta acreditado con el documento nº seis aportado con la demanda,





que en fecha 18 de mayo, es decir, seis meses antes, el Sr. Gómez ya había comunicado a la entidad sus discrepancias acerca de la validez del contrato formalizado entre las partes en fecha 2 de septiembre del 2016, por lo que en puridad, el citado debía el principal reclamado, concretamente la cantidad de 350 euros y no la informada, no pudiendo en consecuencia compartir la Sala la afirmación realizada en la instancia acerca de que la deuda informada fuera cierta, vencida y exigible.

TERCERO.- Por lo que respecta a la forma de realizar el requerimiento al Sr. Gómez, el artículo 39 de dicho Reglamento, exige que antes de llevar a cabo la inclusión ha de efectuarse notificación de la existencia de la deuda, requiriéndole de pago y con expresa advertencia de que de no hacerlo se le incluirá en ese registro. Requerimiento que deberá hacerse por cada una de las deudas por las que se le va a incluir el registro artículo 40.2 del Real-Decreto el R.D.1720/2007, de 21 de Diciembre.

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

Los documentos que se aporten deben probar el cumplimiento de uno de los requisitos que vienen exigidos para el tratamiento de datos de carácter personal que pueden incidir en uno de los derechos fundamentales de las personas como es el derecho al honor, y en tales circunstancias la observancia de ese requisito debe cumplirse con el máximo rigor, y precisamente por quien lleva a cabo la conducta susceptible de constituir una intromisión ilegítima en aquel derecho. De la importancia de asegurarse de haberlo hecho así da cuenta el apartado 3 del artículo 38 de la norma reglamentaria cuando impone al acreedor o quien actúe por su cuenta o interés la obligación de conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite, específicamente, el requerimiento previo al que se refiere el artículo 39, el cual, a su vez, precisa que el acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Debe acreditarse, por tanto, no sólo que se ha efectuado el requerimiento previo, no solo en el contrato, sino también al momento de efectuarse la inclusión y la forma en que éste se hizo, cumpliendo con las referidas exigencias, esto es, advirtiendo expresamente al requerido de que, de no producirse





el pago, los datos relativos a la deuda podrían ser comunicados a un fichero de morosos.

La STS de 25 de mayo de 2019 señala que se trata de un presupuesto esencial, y no, como dice la STS de 22-12-2015, de un requisito meramente formal, sino 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, y con ese requerimiento se impide que sean incluidos 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.

El acreedor en cuanto a la forma de notificación es muy libre, desde luego, de utilizar la forma que considere más conveniente para ello, pues la norma no impone una determinada, pero en todo caso, en cuanto que la comunicación de los datos del deudor a un fichero de solvencia patrimonial no es algo necesario para la conservación del derecho de crédito, y, antes bien, conlleva importantes consecuencias por afectar al derecho al honor de aquél a quien tales datos se refieren, debe asegurarse de haber cumplido con rigor todas los requisitos que dicha comunicación exige, y más concretamente de que el deudor ha sido advertido de ello.

Y este es el sentido de la STS de 11 de diciembre de 2020 considera no efectuado correctamente el requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero de morosos cuando no consta garantía de recepción de la reclamación.





Es cierto que esta sala, estimaba válido cualquier medio que permitiera su debida acreditación, atendiendo a criterios de normalidad, por lo que se consideraba plenamente eficaz el efectuado mediante carta, telegrama o telefax, y en relación a la naturaleza recepticia, no considerábamos necesario que el sujeto a quien va dirigida llegara efectivamente a conocer la reclamación, siendo bastante con carácter general a los indicados efectos, su recepción , e incluso la ausencia de la misma cuando sea debida al propio deudor, en el sentido de que esa recepción sea posible y solo dependa la misma de actuación voluntaria del citado, dado que esa naturaleza recepticia del acto de comunicación implica en sí misma una colaboración del notificado que debe aceptarla o recogerla, de modo que si así no lo hace, estando en su mano hacerlo ha de estimarse cumplido este requisito. Y entendíamos que otra conclusión supondría tanto como dejar prácticamente en manos del destinatario la decisión sobre su eficacia y cumplimiento, y, por tanto, ajena al acreedor, bien entendido que bastará acreditar que el destinatario tuvo a su disposición la comunicación remitida de adverso y podría haberla recibido si esa hubiera sido su voluntad.

El recurso en este extremo debe ser estimado al haber cambiado el sentido de las resoluciones de este tribunal, como ya realizamos desde el Rollo 209/2021, en razón a la doctrina que sobre este particular ha sentado la sentencia del TS que esta Sala ha de tomar como referencia para su resolución, y de la que se siente tributaria, que examinando esta misma cuestión precisa, *"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.”

Ha de reputarse por ello con arreglo a los datos de autos que deviene acreditado con garantía suficiente la efectiva recepción de la reclamación previa a la inclusión en el fichero, y con ello la exigencia probatoria que se requiere por parte la de entidad demandada del cumplimiento de la existencia de ese requerimiento previo y ello, por lo siguiente: Tal y como consta en el documento nº cinco aportado con el escrito de contestación a la demanda, se aporta un certificado emitido por “tercero de confianza” al amparo de lo previsto en el artículo 25, ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, concretamente viene firmado digitalmente por el administrador de la empresa Servicios de Mailcertificado, S.L., empresa que tiene la custodia de los datos relativos a esa comunicación certificada durante un periodo de 5 años y donde consta como en fecha 31 de marzo del 2017 se remitió por la entidad apelante, al correo electrónico [REDACTED],





correo del apelado el certificado adjunto a las actuaciones, habiendo sido leído por el apelado, a las 10:14:19 horas del día 1 de abril del 2017, desde su IP 188.171.64.174 (cm-188-171-64-174.telecable.es), proceder que fue comprobado y ratificado por el Notario Sr. Quiroga en las actas aportadas a los autos, por lo que es indudable que siendo necesario para poder proceder a la lectura la introducción de las claves personales del apelado y constando la lectura del correo, se debe entender no solo enviado sino recepcionado y leído el contenido de la comunicación, cumpliendo en este caso la apelante con las obligaciones citadas con anterioridad sobre la forma en la que se debe realizar el requerimiento al apelado.

En conclusión la Sala confirma la sentencia de instancia pero por otros razonamientos distintos de los en ella contemplados, dado que si bien consideramos recepcionada la notificación previa a la que hemos aludido anteriormente, tal notificación contenía un evidente error al haberse informado una deuda por importe de 561 euros, cuando ello no se correspondía con la realidad, dado que únicamente se debió de haber informado por la cantidad relativa al principal objeto del contrato de préstamo, es decir 350 euros, por lo que en puridad, la deuda no era cierta.

CUARTO.- Pese a que el recurso se desestima, el hecho de que la Sala confirme la sentencia por razonamientos distintos de los plasmados en la instancia, justifica la no imposición de costas de la alzada de conformidad con lo previsto en el art. 398 Y 394 de la LEC.



En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por Sistemas Financieros Móviles SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, en los autos de que este rollo dimana, **confirmamos** la misma sin imposición de costas de la alzada.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer en el plazo de veinte días, recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente, 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 tutelar 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.