



Roj: **SAP M 536/2018 - ECLI: ES:APM:2018:536**

Id Cendoj: **28079370112018100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **499/2017**

Nº de Resolución: **12/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0253294

Recurso de Apelación 499/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1589/2015

APELANTE: D. Juan Ignacio

PROCURADORA Dña. MARIA CRUZ ORTIZ GUTIERREZ

APELADO: PRA IBERIA SLU

PROCURADOR D. JOAQUIN DE DIEGO QUEVEDO

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :

D. CESÁREO DURO VENTURA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid, a veinticinco de enero de dos mil dieciocho.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1589/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid a instancia de **D. Juan Ignacio** como parte apelante, representado por la Procuradora Dña. MARÍA CRUZ ORTÍZ GUTIÉRREZ contra **PRA IBERIA SLU** como parte apelada, representada por el Procurador D. JOAQUIN DE DIEGO QUEVEDO e interviniendo el **MINISTERIO FISCAL** ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27/10/2016 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. CESÁREO DURO VENTURA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 27/10/2016 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que desestimando la demanda formulada debo absolver a la parte demandada de los pedimentos que contra la misma se contienen en el escrito de demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Juan Ignacio , que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- D. Juan Ignacio ejercita una acción de protección de su derecho al honor contra la sociedad Para Iberia S.L.U. (antes Aktiv Kapital Portfolio AS Sucursal en ZUG) a fin de que se declare que la demandada ha cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor por mantener sus datos registrados en un fichero de morosos por una deuda inexistente, con sanción a la demandada de acuerdo al artículo 44.2 de la LOPD en cuantía de 40.001 a 300.000 euros, cancelación de la inscripción, e indemnización al actor en la cantidad de 25.000 euros; la demanda se sustenta en un relato fáctico según el cual la demandada habría notificado el dato de sendas deudas el 8 de octubre de 2012 por importes de 1.794,15 euros y 962,67 euros al fichero de morosos de Asnef-Equifax sin tener en cuenta el derecho de cancelación, oposición, y las denuncias realizadas, y sin que conste que el actor tenga una deuda cierta, vencida, real y exigible.

La demandada se opuso a la demanda relatando la adquisición de dos créditos a nombre del demandante con la entidad Bankia adquiridos como otros muchos por Aktiv y luego adquiridos a través de una cesión global por la actora con motivo de la adquisición y absorción del grupo Aktiv por el grupo Pra, habiéndose comunicado las cesiones al actor y deudor y comunicándose las deudas al fichero Asnef tras el intento de obtener el pago del demandante, derivándose las deudas del saldo de sendas tarjetas de crédito utilizadas por el demandante y estándose ante deudas ciertas, vencidas y exigibles por lo que no habría existido intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor, siendo desorbitada la indemnización pretendida.

La juez de instancia dicta sentencia en la que tras extractar la posición de las partes y el objeto del proceso y razonar sobre el derecho al honor y la inclusión de ficheros de datos de carácter personal valora la prueba practicada y concluye que la inclusión en el registro de morosos no constituyó intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor al constar una deuda cierta, vencida y exigible, por lo que desestima íntegramente la demanda con imposición al actor de las costas causadas.

El recurso que interpone el actor contra esta resolución se funda en la alegación de errónea valoración de la prueba por parte de la juez de instancia, expresando la recurrente que los datos sobre solvencia patrimonial cedidos por Aktiv no coinciden en sus cantidades con los requerimientos efectuados por Aktiv en escritos de 26 de junio de 2012, ni con los requerimientos de Pra Iberia tras la cesión global de activos en escrito de 10 de febrero de 2015; se señala que solo se habría acreditado la remisión de las comunicaciones pero no su recepción, por lo que no habría quedado acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal .

La demandada se opone al recurso rechazando sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia.

El Ministerio Fiscal se opone asimismo al recurso interpuesto.

SEGUNDO .- La cuestión planteada, que da lugar a buen número de demandas ante los tribunales, se concreta en la SAP, Barcelona sección 17ª del 05 de octubre de 2017 en los siguientes términos:

"En cuanto a los requisitos de la recogida y tratamiento de datos personales en los "registros de morosos", la STS 12/2014 de 22 de enero, citada a su vez por la STS de 21 de octubre de 2024 señala lo siguiente: " 1.- Los ficheros de datos referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, conocidos habitualmente como "registros de morosos" (así los denominó esta Sala en su sentencia núm. 284/2009, de 24 de abril), son los que presentan mayores problemas en la práctica, por dos factores fundamentales: (i) la infracción del derecho

al honor y el grave daño moral y patrimonial que puede llevar aparejado la inclusión en uno de estos ficheros, y (ii) el modo en que funcionan dichos ficheros, especialmente cómo se nutren de datos."

"2.- El tratamiento de datos personales destinado o realizado con ocasión de la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito es objeto de regulación específica en la LOPD."

"Con anterioridad a su entrada en vigor, trataban esta cuestión el art. 28 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que había sido desarrollado mediante la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, sobre prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y la norma cuarta de la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso y rectificación, ambas dictadas por la AEPD. La redacción del actual art. 29 LOPD es muy similar a la del anterior art. 28 de la Ley Orgánica 5/1992."

"Con el título "prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito", los dos primeros apartados del art. 29 LOPD establecen:

"1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

"2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley. » .

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 15 julio de 2010, señala que: "la lectura de dichos apartados permite concluir, en una interpretación lógico- sistemática de los mismos, que el apartado 1 se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento y que el apartado 2 hace mención a los ficheros negativos o de incumplimiento, como sin dificultad se infiere, pese a la referencia al "cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones", de que se trata de datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés».

La STC 292/2000, de 30 de noviembre, FD 7, ya señaló que respecto de los datos relativos a la propia persona, han de extremarse las exigencias en cuanto a calidad de los mismos, para que no resulten vulnerados los derechos de los afectados si la inclusión en un fichero se hace excepcionalmente sin el consentimiento del afectado. Además, por la naturaleza del fichero, la inclusión en el mismo puede vulnerar el derecho fundamental al honor (art. 18.1 de la Constitución) y causar graves daños morales y patrimoniales a los afectados. Por ello, la Instrucción 1/1995 de la AEPD establecía como requisitos en que se concretaba la exigencia de calidad de los datos de estos ficheros, entre otros, la existencia de una deuda cierta, vencida, exigible, que hubiera resultado impagada (en este sentido, sentencia de esta Sala núm. 226/2012, de 9 de abril), como lógico desarrollo del principio de calidad de los datos, principio que contempla el art. 6 de la Directiva y el art. 4 de la LOPD .

Con base en la precedente doctrina jurisprudencial cabe afirmar, consecuentemente, que para que el hecho de la inclusión de los datos relativos a la solvencia patrimonial de los actores en el registro de morosos, por la información facilitada por la entidad demandada, pueda ser considerada como una intromisión ilegítima en su derecho al honor resulta preciso que la información facilitada por la demandada, e incluida en el archivo, no fuera veraz; lo que viene a implicar, en definitiva, que, al tiempo de aquella inclusión, los actores no hubieren cumplido una obligación de pago de una deuda cierta, vencida y exigible, que estuviere establecida a su cargo."

Por su parte la SAP, Cádiz sección 2ª del 26 de septiembre de 2017 reseña la jurisprudencia aplicable en la materia en términos que consideramos conveniente recordar:

"Así las cosas, la inscripción de los datos del actor en ASNEF/EQUIFAX quedaban condicionados por las referidas circunstancias, debidamente valoradas para legitimar la acción indemnizatoria ejercitada en la sentencia recurrida, como es de ver en la sentencia del Tribunal Supremo de 1/marzo/2016 : "Esta Sala 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, en sentencias entre las que pueden citarse las 660/2004, de 5 de julio, 284/2009, de 24 de abril, 226/2012, de 9 de abril, 13/2013, de 29 de enero, 176/2013, de 6 de marzo, 12/2014, de 22 de enero, 28/2014, de 29 de enero, 267/2014, de 21 de mayo, 307/2014, de 4 de junio, 312/2014, de 5 de junio, 671/2014, de 19

de noviembre , 672/2014, de 19 de noviembre , 692/2014, de 3 de diciembre , 696/2014, de 4 de diciembre , 65/2015, de 12 de mayo , 81/2015, de 18 de febrero , 452/2015 y 453/2015, ambas de 16 de julio , y 740/2015, de 22 de diciembre ".

Dicho lo anterior, el alto Tribunal sigue indicando " que uno de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse "principio de calidad de los datos". Los datos deber ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados. El art. 4 LOPD , desarrollando las normas del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa y la Directiva 1995/46/CE, de 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, exige que los datos personales recogidos para su tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos ".

Pues bien de la aplicación de tales principios a los registros de morosos, surgen las siguientes consideraciones: " Este principio, y los derechos que de él se derivan para los afectados, son aplicables a todas las modalidades de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Pero tienen una especial trascendencia cuando se trata de los llamados "registros de morosos", esto es, los ficheros de «datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés».

El art. 29.4 LOPD establece que «sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos».

Los arts. 38 y 39 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, al desarrollar, valga la redundancia, el art. 29 LOPD , exigen para la inclusión en los ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada, y que se haya requerido de pago al deudor, informándole que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los demás requisitos, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias ".

El Tribunal Supremo se muestra todavía más exigente a la hora de establecer los requisitos de inclusión al explicar lo que sigue: " El principio de calidad de datos no se limita a exigir la veracidad de la deuda (...) Los datos que se incluyan en estos registros de morosos han de ser ciertos y exactos. Pero no basta con el cumplimiento de esos requisitos para satisfacer las exigencias del principio de calidad de los datos en este tipo de registros. Hay datos que pueden ser ciertos y exactos sin ser por ello pertinentes, pues no son determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados.

Las sentencias de esta Sala 13/2013, de 29 de enero , 672/2014, de 19 de noviembre , y 740/2015, de 22 de diciembre , realizan algunas consideraciones generales sobre esta cuestión, al declarar que la LOPD descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud, y en cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza".

Desde la anterior doctrina hemos de considerar que la sentencia dictada, cuya motivación concreta del asunto que nos ocupa se contiene en el fundamento de derecho tercero in fine de la sentencia, considera que se habrían cumplido estos requisitos que exige el Reglamento y la jurisprudencia, al haber sido requerido el demandado en dos ocasiones y constar la realidad de una deuda vencida, líquida y exigible, sin expresar la juez en su motivación los documentos tenidos en cuenta para concluir como lo hace.

TERCERO .- La Sala discrepa de la valoración que de la prueba practicada hace la juez de instancia y considera que contra lo expuesto en la sentencia no concurrirían en el supuesto los requisitos que permitían la inclusión del demandado en el registro de morosos.

La SAP, Asturias sección 7ª del 09 de noviembre de 2017 señala: en cuanto al alcance de la intromisión ilegítima en estos casos lo siguiente:

" Esta Sala ha reiterado, así en Sentencias de 26 de octubre y 14 de septiembre de 2017 , por citar las más recientes, en cuanto a la existencia de los daños morales (al margen de los daños o perjuicios patrimoniales que se acrediten,...) que "la propia indebida inclusión del dato, constituye una ilegítima intromisión en el honor del apelado, y en este sentido la STS 24-04-2009 , de Pleno, sobre derecho al honor, afronta la inclusión de una persona en un registro de morosos, erróneamente, y sin que concorra veracidad, y concluye que dicha inclusión lesiona el derecho al honor ya que por sí misma constituye una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación.(...) la persona, ciudadano particular o profesionalmente comerciante, que se ve incluido en dicho Registro, se encuentra afectado directamente en su dignidad, interna o subjetivamente, e igualmente le alcanza, externa u objetivamente, en la consideración de los demás, ya que se trata de un imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo. (...) Además, es intrascendente el que el Registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Si además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito), sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la ya mencionada Ley de 5 de mayo de 1982 ."

Añadiendo "que, en la misma línea, la Sentencia del Alto Tribunal de 6 de marzo de 2013 , señala que La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman . Por tanto, esta Sala estima que acudir a este método de presión representa en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente, por el desvalor social que actualmente comporta estar incluida en un registro de morosos y aparecer ante la multitud de asociados de estos registros como morosa sin serlo, que hace desmerecer el honor al afectar directamente a la capacidad económica y al prestigio personal de cualquier ciudadano entendiéndose que tal actuación es abusiva y desproporcionada..."

Sobre la importancia del previo requerimiento al deudor antes de la inscripción en el registro de morosos la SAP, Madrid sección 9ª del 23 de febrero de 2017 establece en cuanto ahora nos interesa:

"El artículo 39 del mismo Reglamento determina:

«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».

La importancia de este requisito (el previo requerimiento de pago) ha sido destacada por el Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 22 de diciembre de 2015 (número 740/2015) se dice:

«[...] tampoco se considera correcta la falta de trascendencia que la sentencia recurrida ha atribuido al incumplimiento del requisito establecido en los arts. 38.1.c y 39 del Reglamento, consistente en que para incluir en estos ficheros de morosos los datos de carácter personal determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado es preciso que previamente se haya requerido de pago al deudor y se le haya informado que de no producirse el pago, los datos relativos al impago podrán ser comunicados al registro de morosos».

«No se trata simplemente de un requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. Se trata de 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 este 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».

Y en cuanto al supuesto de hecho que se examinaba en aquella sentencia se expresa:

"El documento 4 de la contestación a la demanda es una copia de la carta (de fecha 28.06.2011) que se dice enviada porEspaña al actor sr. a través de Servinform, en la que se requiere el pago de una deuda de 445,08 euros, advirtiéndole que, de no pagarla en el plazo de quince días, se incluirán sus datos en los registros de morosos ASNEF y BADEXCUG. En el reverso de esa carta aparece la intervención de Servinform, que afirma que la fecha de entrega en Correos fue el 30/06/2011, que no se recibió devolución y que el destinatario era D. Justino , con el mismo domicilio que figura en la demanda (CALLE000, NUM000, NUM001, de Madrid), especificándose que el importe de la deuda es 445,08 euros.

Este documento es insuficiente para probar el cumplimiento del requisito del previo requerimiento de pago antes mencionado:

1) Porque no consta la recepción de esa carta por el destinatario. El requerimiento de pago es una declaración recepticia, debiendo acreditarse cumplidamente su recepción, tanto porque es la regla general en materia de carga de la prueba (artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo la parte demandada quien sostiene que se practicó ese requerimiento de pago, como porque el destinatario (D. Justino , el demandante) niega su recepción.

2) Porque, aunque constase la recepción de esa carta, en la misma se requiere el pago de una deuda de 445,08 euros, mientras que la deuda incluida en los ficheros de morosos es muy superior, de 3.535,14 euros, como no se discute. Y respecto de esta deuda no existe ningún requerimiento de pago acreditado.

Conforme a lo expuesto, la inclusión del actor como moroso en los dos registros de morosos mencionados no se ha efectuado con cumplimiento de los requisitos exigidos 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."

Y la SAP, Madrid sección 21ª del 28 de abril de 2017 :

"Respecto de los artículos del Reglamento anteriormente transcritos, entiende la Sala que si bien el artículo 38 podemos darlo por cumplido porque el procedimiento monitorio ya sería el momento en el que se efectuó la reclamación, sin embargo, consideramos que la compañía Orange (que sería el acreedor) incumplió el artículo 39 del reglamento porque no efectuó al cliente la información previa a la inclusión, es decir, al tiempo del requerimiento, Orange en calidad de parte acreedora, debería haber avisado al actor don Rubén que si no pagaba, los datos del impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (fichero de morosos)y esa advertencia no consta en autos que se hiciera al actor sin que pueda permitirse el incumplimiento de la norma (art. 39), por lo que la inclusión en el fichero no fue correcta, habiéndose causado con ello un daño al actor."

Con mayor detalle en un supuesto en gran medida coincidente con el que nos ocupa, la SAP Madrid sección 20ª del 29 de mayo de 2017 :

"DON Jose María , formuló demanda contra la entidad "ONEY SERVICIOS FINANCIEROS EFC, S.A.U", en ejercicio de acción de protección del derecho al honor, solicitando que se declarara por el tribunal la intromisión ilegítima en el honor del actor por parte de la mercantil demandada, y se condenara a ésta a instar la baja de los datos facilitados por la misma en los registros de morosos ASNEF-EQUIFAX, si no lo ha hecho ya, y al pago de una indemnización por de 25.000,0 euros, así como al pago de las costas procesales.

...la sentencia de instancia considera que los datos incluidos en los ficheros de ASNEF-EQUIFAX no son inveraces, sino adecuados, pertinentes y no excesivos, habiéndose cumplido los requisitos para la inclusión de los mismos en el fichero correspondiente, por lo que no se ha producido vulneración alguna del derecho al honor. Frente a dicha resolución se alza el demandante, solicitando la estimación de la demanda. Alega error en la valoración de la prueba por entender que no ha quedado acreditada la recepción de los requerimientos de pago previo con apercibimiento de inclusión en registro de morosos, y añade que la cantidad que figura en el fichero asciende a 8.613,98 euros, cuando el requerimiento de pago de fecha 13 de julio de 2012 se comunica la existencia de una deuda vencida de 1.137,48 euros, por lo que el importe reclamado y la deuda por la cual fue reportado no coinciden.

...Como ha tenido ocasión de señalar este tribunal en sentencia de 10 de febrero de 2016 (Recurso 407/2015) para determinar si la inclusión en los registros de solvencia se ajusta a la normativa legal específica, hay que partir de lo dispuesto en la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, y por lo que ahora interesa a lo establecido en su artículo 4 incluido en el Título II referido a los Principios de la Protección de datos, que establece como exigencia para la recogida y tratamiento de los datos, que sean pertinentes y adecuados a la finalidad para la que fueran recogidos y que sean exactos en el momento de instar la correspondiente

inscripción. Esto significa que como declara la STS de 29 de enero de 2013 los datos registrados y divulgados deben ser exactos y puestos al día de forma que respondan a la situación actual del afectado, y si resultan ser inexactos, deben ser rectificadas, cancelados o sustituidos de oficio sin perjuicio del derecho de rectificación reconocido en el artículo 16, así como cuando hayan dejado de ser necesarios (artículo 4). Por su parte el RD 1720/2007 de 21 de diciembre , que aprueba el Reglamento de desarrollo de la mencionada LOPD, en cuanto ahora interesa, establece en su artículo 38 (según la nueva redacción dada por el apartado segundo de la STS, Sala 3ª, de 15 de julio de 2010), los requisitos para la inclusión de los datos, estableciendo en su apartado primero que sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que 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.

...Este tribunal no comparte el criterio de la Juzgadora de instancia en cuanto al cumplimiento del último requisito, que es totalmente necesario según la STS 740/2015 de 22 de diciembre , y cuya prueba incumbe a la mercantil apelada. Los documentos 5 a 7 de la contestación a la demanda, que fueron impugnados en cuanto a su valor probatorio en la audiencia previa, son manifiestamente insuficientes para acreditar que DON Jose María , quien ha negado este extremo, recibiera el requerimiento de pago previo, siendo así que éste es un acto esencialmente recepticio. La carta de notificación que supuestamente contenía el requerimiento, se afirma que fue depositada, junto con otras 32.059, en el Servicio de Correos el día 24 de julio de 2012, y se remitió sin acuse de recibo, no constando prueba alguna que acredite su efectiva recepción por el apelado. El hecho de una empresa privada (EQUIFAX IBÉRICA) manifieste que no le consta la devolución de la carta al apartado de Correos designado para tal efecto (documento nº 5 de la contestación a la demanda) nada prueba sobre su recepción por el destinatario.

...Conforme a lo expuesto al no haberse probado el requerimiento previo de pago al recurrente, su inclusión como moroso en el registro ASNEF- EQUIFAX a instancia de "ONEY SERVICIOS FINANCIEROS EFC, S.A.U", no se ha efectuado con cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, lo que supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de DON Jose MaríaPor consiguiente deben estimarse las pretensiones a) b) y c) de la demanda. En cuanto a esta última, solo en parte, ya que la suma reclamada de 25.000,00 euros resulta manifiestamente excesiva al no haberse acreditado perjuicio patrimonial alguno, ni siquiera que los datos de la deuda sean inciertos (no se ha impugnado el documento nº 4 de la contestación a la demanda). Por lo que teniendo en cuenta todas esas circunstancias y el tiempo en que se ha mantenido la publicidad de los datos, se considera más adecuada la suma de tres mil por los daños morales sufridos por el recurrente. En cuanto a la pretensión b) este tribunal carece de jurisdicción para imponer la sanción solicitada."

La semejanza con el supuesto ahora enjuiciado es evidente pues aun cuando la documentación aportada suponga una apariencia del buen derecho de la demandada en relación con las deudas que nos ocupan, suficiente para el ejercicio de acciones a través de un juicio monitorio por ejemplo, no puede entenderse cumplido el requisito esencial del previo requerimiento de pago ante la falta de constancia suficiente de que el demandado recibiera las comunicaciones que se dicen remitidas. Así Unipost certifica haber realizado en julio de 2102 128.312 comunicaciones requerimiento de pago y cesión de crédito por parte de Aktiv Kapital, incluyendo comunicación al demandado en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de Parla; en tanto la entidad EMFASIS Billing & Marketing Services S.L. manifiesta haber realizado el proceso de generación e impresión de 80.027 comunicaciones remitidas por Equifax incluyendo asimismo la del demandado con domicilio en la CALLE001 nº NUM002 de Almendralejo, Badajoz.

No solo no coinciden los importes de los requerimientos con los datos incluidos en el fichero, lo que puede tener que ver con la antigüedad de la supuesta deuda y devengo de intereses, sino que desde luego la mera remisión de cartas tal y como se ha hecho no es bastante a los fines que nos ocupan, que no se limitan a comunicar la cesión del crédito sino que determinan la inclusión en un fichero de morosos ante lo que es necesario actuar con mayores exigencias para constatar que la comunicación ha sido recibida y desatendido el requerimiento.

Debe por ello entenderse incumplidos los requisitos legales para que la cesión de los datos sea procedente y por ello acreditada la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante cuyo recurso ha de ser estimado.

CUARTO .- Respecto de las peticiones deducidas, declarada la intromisión ilegítima ha de rechazarse la pretensión de sanción pecuniaria que se deduce al amparo del artículo 44.3 de la LOPD al carecer el tribunal de competencia para tal imposición.

Hemos de valorar el importe de la indemnización procedente.

La STS, Civil sección 1ª del 21 de septiembre de 2017 aborda un supuesto en el que apreciada la intromisión ilegítima y fijada por el juez la indemnización en 8.000 euros la suma es rebajada por la Audiencia hasta 1.500 euros; expresa el Alto Tribunal:

"Decisión del tribunal. Improcedencia de fijar indemnizaciones simbólicas por la intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la indebida inclusión en un registro de morosos

1.- El recurso cita adecuadamente la normativa aplicable y la jurisprudencia que esta sala ha sentado sobre la cuestión litigiosa.

Las sentencias citadas por el recurrente (696/2014, de 4 de diciembre , 81/2015, de 18 de febrero y 65/2015, de 12 de mayo) se completan con la más reciente 261/2017, de 26 de abril , en un supuesto prácticamente idéntico al que es objeto de este recurso, en que la sentencia recurrida había sido dictada por el mismo tribunal, la indemnización había sido reducida en apelación a 2000 euros (en nuestro caso, a 1500 euros), y el recurso también se formulaba en términos muy parecidos.

2.- La sentencia recurrida infringe la doctrina sentada en esta jurisprudencia, puesto que otorga una indemnización que ha de considerarse simbólica, sin tener en consideración que se ha vulnerado un derecho fundamental del demandante, que la inclusión indebida de sus datos personales se produjo en dos ficheros de morosos y durante un tiempo considerable (nueve y seis meses, respectivamente), que los datos fueron comunicados a varias entidades (siete comunicaciones en cada fichero) y que el demandante ejerció su derecho de cancelación al que Orange se opuso injustificadamente.

Estas circunstancias no han sido tomadas en consideración por la Audiencia Provincial, que ha fijado una indemnización simbólica. Una indemnización de este tipo tiene un efecto disuasorio inverso. No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa.

3.- Por estas razones, la sentencia recurrida incurre en la infracción denunciada en el motivo del recurso, por las razones expuestas, que se desarrollan más extensamente en las sentencias a que se ha hecho mención, a las que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias."

De forma más amplia contempla esta cuestión la SAP, Asturias sección 7ª del 09 de noviembre de 2017 que recoge la jurisprudencia aplicable:

" En cuanto a la cuantificación de la indemnización, el criterio de la Sala en esta materia ya quedó establecido, fundamentalmente, desde las Sentencias de fecha 10 y 17 de julio de 2015 , siguiendo la doctrina sentada por la STS de 18 de febrero de 2015 , que fijaba los criterios a tener en cuenta en función de las circunstancias concurrentes para adecuar las pautas del artículo 9, nº 3 de la Ley Orgánica 1/1982 , a las particularidades de las intromisiones derivadas de una indebida inclusión de datos en un fichero de insolvencia patrimonial y partiendo, como criterio general (STS 12 de diciembre de 2011), de que en este supuesto no caben indemnizaciones simbólicas (la presente no lo es), que estamos 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, de ahí lo innecesario de acudir a ningún "método de cálculo" como se afirma por la parte apelante, debiendo seguirse las pautas del artículo 9, nº 3 de la citada Ley Orgánica, que preceptúa la necesidad de fijar la indemnización en atención al daño moral, a valorar 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 circunstancias a tener en cuenta a partir de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo: 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 actor 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.

En esta línea, como dijimos en las Sentencias previamente citadas, hemos 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. (...) mientras que el análisis de la difusión de una información en un medio de masas ha de ser cuantitativo, 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.

Hemos de citar, a estos afectos, la reciente STS de 27 de abril de 2017 (citada, entre otras, en Sentencias de la Sala de 14 , 21 de septiembre y 22 de junio de 2017) que resume los criterios marcados por dicho Tribunal al objeto de valorar el daño moral señalando que debe tenerse en cuenta, criterios seguidos en la posterior de fecha 21 de septiembre de 2017: 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 Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen que establece en 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.

..... Si tenemos en cuenta que la duración de la inclusión de los datos del actor en el fichero ASNEF, se prolongó durante más de año y medio y en el fichero BADEXCUG más de seis meses, no constando su cancelación, siendo consultado el primero por siete entidades distintas y el segundo, por cuatro, no constando denegación de crédito alguno, hemos de concluir que la indemnización fijada en la recurrida en 7.500 euros conforme a lo solicitado en la demanda, es acorde a lo establecido por el Tribunal Supremo, así la STS de 18 de febrero de 2015 , que eleva la indemnización concedida hasta 10.000 euros en un supuesto en el que existían cuatro consultas, menor tiempo de difusión; 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. Razonamientos que conducen a la desestimación del recurso."

En este supuesto hemos de tener en cuenta que el demandado estuvo ya incluido en el fichero a instancia de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid desde el 6 de septiembre de 2010, con baja a 31 de julio de 2012, sin que esta inclusión sea objeto del proceso, y que fue de nuevo dado de alta a fecha 8 de octubre de 2012, cancelándose el 23 de febrero de 2016, larga duración de la afectación que se une al hecho de negarse la demandada a los intentos de cancelación realizados por el actor pese a no haber cumplido debidamente sus obligaciones en cuanto al requerimiento de pago, siendo consultado el fichero como consta en el histórico de consultas por la entidad Seguros Bilbao, la entidad Carrefour, o la entidad Citibank.

Ponderando estos datos la Sala estima adecuada una indemnización de 10.000 euros para indemnizar el perjuicio causado al demandante.

Debe por ello estimarse el recurso y en parte la demanda.

QUINTO .- La parcial estimación de la demanda determina que no se haga imposición de las costas de primera instancia, no haciéndose tampoco imposición de las de esta apelación al estimarse la misma parcialmente, artículos 398 y 394 LEC .

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

III.- FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso interpuesto por D. Juan Ignacio, contra la sentencia de fecha veintisiete de octubre de dos mil dieciséis, revocamos dicha resolución, y por la presente estimando en parte la demanda declaramos la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante por parte de la demandada al incluirle indebidamente en el fichero de morosos objeto de este procedimiento, condenando a la demandada a indemnizar al actor en la suma de 10.000 euros, con los intereses del artículo 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz n° 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0499-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe