JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2

Materia: Der. derecho al honor, intimidad e imagen
Resolución: Sentencia 000067/2023
IUP: AR2022006278

Intervención:	Interviniente:	Abogado:	Procurador:
Demandante		Francisco De Borja Virgos De Santisteban	
Demandado	Benki Digital Lending Sl		

SENTENCIA

En Arrecife, a 20 de abril de 2023.

Vistos por el/la Iltmo/a Sr./Sra. D./Dña. , MAGISTRADO del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Arrecife los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 0000231/2022 seguido entre partes, de una como demandante , dirigido por el/la Abogado/a FRANCISCO DE BORJA VIRGOS DE SANTISTEBAN y representado por el/la Procurador/a y de otra como demandada BENKI DIGITAL LENDING SL, dirigido por el/la Abogado/a y representado por el/la Procurador/a , con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación acreditada de la parte actora, se interpuso ante el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de este Partido, repartido a este Juzgado nº 2, demanda de Juicio Ordinario, contra la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó el emplazamiento del demandado, el cual se efectuó en la forma que consta en autos, oponiéndose a la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideraba pertinentes y terminaba suplicando que se desestimara la demanda.

También contestó a la demanda el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Celebrada la Audiencia Previa, habiéndose admitido únicamente la prueba documental, quedaron los autos para sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado y cumplido en lo sustancial, todas las prescripciones legales por las que haya de regirse, documentándose la comparecencia de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y sonido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora en las presentes actuaciones formula demanda en los términos obrantes en autos

La demandada se opone en los términos que constan en el escrito de contestación presentado.

El Ministerio Fiscal contestó a la demanda en los términos que constan en las actuaciones.

SEGUNDO.- En el presente caso, en atención al ámbito de controversia planteada por la parte demandada desde el escrito de contestación a la demanda, momento procesal oportuno, se debe estar al siguiente razonamiento.

La parte actora sostiene en su demanda el incumplimiento, por la parte demandada, del requisito de requerimiento previo de pago y preaviso de inclusión.

Por el contrario la parte demandada se centra, al respecto, con carácter principal, en sostener los requerimientos efectuados por tal parte a la contraria. Para ello se basa en los documentos adjuntos a la contestación a la demanda.

Es de plena aplicación, al caso concreto, lo dispuesto por, entre otras, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 115/2021 de 17 Mar. 2021, Rec. 94/2021: *"SEGUNDO.- Insiste el recurrente en que la demandada no observó el requisito del previo requerimiento que impone el art. 38 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Sobre este punto únicamente consta que una empresa contratada por quien gestiona uno de esos ficheros, Servinform, remitió sendas comunicaciones a través de Correos, junto a otras que formaban parte de envíos muy numerosos, dirigidas al demandante, "sin que se hubiera producido incidencia alguna que alterase el resultado final del procedimiento" ni "hechos que impidieran el normal desarrollo". No aparece, por el contrario, prueba bastante de que esos envíos hubieran llegado a la esfera de disposición del destinatario. Nada consta sobre la comunicación referida al otro registro de morosos.*

Esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre la insuficiencia de actuaciones similares a las que constan en este proceso para acreditar la realización del requerimiento de pago y advertencia de inclusión en un registro de insolvencia que establecen los arts. 38 y 39 del Reglamento antes citado. El cumplimiento de este presupuesto ha de exigirse con el máximo rigor, acorde con la importancia de los derechos en juego en tanto puede incidir en la vulneración de un derecho fundamental como lo es el derecho al honor de una persona. La norma ha querido conceder una última posibilidad al deudor mediante ese requerimiento a fin de que pueda evitar la proyección pública de la situación de morosidad. No es la existencia de la deuda en sí misma la que atenta a la estimación y dignidad del deudor, sino el que se haga pública de tal forma que pueda ser conocida por terceros. De ahí que el legislador establezca una serie de filtros, que habrán de cumplirse escrupulosamente, a fin de que sea lícita la inclusión en esos ficheros.

En sentencias de 24 y 29 de noviembre de 2017, 31 de octubre de 2018, 19 de noviembre de 2019 o 20 de enero de 2020, entre otras varias, destacamos la ineficacia a estos efectos de

esta vía de acudir a notificaciones masivas, sin reflejar si alcanzan o no a su destinatario y, en su caso, las causas por las que no pudo tener éxito. No basta con la sola afirmación genérica de que fue enviada por Correos y no devuelta, lo que certifica, además, una empresa directamente interesada en la corrección de ese procedimiento, como lo es quien gestiona uno de esos ficheros. La relevancia de esta exigencia obliga a acudir a otros medios, por otro lado usuales y al alcance de la parte, como serían los envíos por correos con acuse de recibo, burofax, correo electrónico u otros similares, que acrediten suficientemente el contenido de lo que se comunica y su remisión y recepción, o, en su caso, las circunstancias concretas por las que no pudo alcanzar el fin perseguido. Es cierto que la norma no exige una concreta forma para la realización del requerimiento pero sí es necesario, para que pueda ser eficaz, que la utilizada permita concluir que el deudor tuvo o pudo tener efectivo conocimiento del mismo, de tal modo que si no llegó a tener éxito quepa reprocharlo a su falta de colaboración, lo que, como se dice, no es posible afirmar con la utilización de medios como el descrito cuando no concurren otras circunstancias que avalen, de uno u otro modo, su recepción, real o potencial, por el requerido. El envío de una sola carta por correo ordinario cuya recepción es negada, no suele admitirse como acreditativo de una notificación en el ámbito de las relaciones civiles; con mayor razón no cabe atribuirle ese efecto cuando la consecuencia es especialmente grave en tanto incide en uno de los derechos fundamentales de la persona.

Esta doctrina es coincidente con la que viene manteniendo el Tribunal Supremo sobre este concreto particular. La reciente sentencia de 11 de diciembre de 2020, que conocía precisamente de un recurso frente a una sentencia de esta misma Sala que había mantenido idéntica doctrina, ratifica plenamente estas consideraciones. Señala el Alto Tribunal que "La cuestión jurídica controvertida reside en determinar si puede considerarse que hubo o no previo requerimiento de pago. La Audiencia Provincial de Asturias no considera cumplido este requisito porque lo que se acredita es un envío masivo de notificaciones a los deudores, pero no se acredita la recepción por el destinatario. Al no constar devuelta la carta no prueba la recepción, según indica la Audiencia, quien considera que la recurrente disponía de mecanismos adecuados para acreditar que ha realizado el requerimiento de pago, tales como el envío con acuse de recibo, telegrama, correo electrónico acreditando el envío, o similares.

Frente a esta postura, la recurrente considera que el envío es suficiente para acreditar el requerimiento de pago.

Esta sala en sentencia 13/2013, de 29 de enero , entendió que se había producido el requerimiento, considerando como argumento principal, que la notificación se había efectuado con anterioridad a la inclusión en el fichero de morosos mediante envío postal, sin fehaciencia en la recepción, pero entendía indiciariamente justificado el recibo de la notificación, dado que posteriormente se recibieron en el mismo domicilio telegramas de cuya recepción hay constancia.

El supuesto al que hace referencia la mencionada sentencia de esta sala, es diferente de la actual, pues en aquel concurrían otros documentos (telegramas) de los que deducía el conocimiento por el deudor del requerimiento efectuado.

En el presente recurso se alega la infracción del art. 38.1. c) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de protección de datos, y esta sala debe declarar que se ha efectuado una

correcta interpretación del mismo por el Tribunal de apelación, dado que el mero envío del requerimiento de pago, por vía postal, no acredita la recepción del mismo, por lo que no se puede entender efectuado el preceptivo requerimiento de pago, previo a la inclusión en el fichero de morosos.

En este sentido la sentencia 563/2019, de 23 de octubre , se declara:

"En la sentencia 740/2015, de 22 diciembre , hemos declarado que el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación".

Por lo expuesto, procede desestimar el motivo, declarando que no se efectuó correctamente el requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero de morosos dado que no consta garantía de recepción de la referida reclamación (sentencia 129/2020, de 27 de febrero)".

Es de observar que, frente a lo que sostiene la apelada, no se está ante una sentencia aislada sino que hace referencia a otras precedentes para llegar a la conclusión expresada.

TERCERO.- La inobservancia del indicado presupuesto implica que la inclusión del demandante en sendos ficheros de morosidad deba calificarse de indebida, lo que una pacífica jurisprudencia viene señalando que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor ya que supone imputar a una persona el incumplimiento de una obligación pecuniaria, con el descrédito que ello supone respecto a su fama, además de atentar a su propia estimación y lesionar su dignidad. La sentencia del T.S. de 6 de marzo de 2013 ya alerta de la utilización de esta vía 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, así como a la denegación de créditos, que supone aparecer en un fichero de morosos, calificando esta forma de actuar de "método de presión".

En el presente caso, no se considera respaldada a nivel acreditativo la versión de los hechos de la parte demandada, a tenor de la prueba propuesta, admitida y practicada, en cuanto al cumplimiento del requisito del requerimiento previo y advertencia de inclusión en un registro de insolvencia.

La parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda, alude al respecto a requerimientos telefónicos no probados, en atención a la prueba propuesta, admitida y practicada.

Por otra parte, la demandada adjunta a su contestación a la demanda, toda una serie de pantallazos que se corresponderían con la aplicación "whatsapp", respecto a los cuales, en

atención a su contenido, no se considera acrediten suficientemente que se trata de comunicaciones entre las partes, así como ni siquiera prueban un requerimiento previo de pago y advertencia previa de inclusión en un registro de insolvencia. La única mención que se aprecia en tales conversaciones a un registro de insolvencia es en un mensaje, que estaría fechado a 4/8/21, en el que, al respecto, se indica "*Es importante que conteste a nuestros mensajes de esta manera demuestra que tiene interés en solventar tu situación y así salir del fichero de morosidad*". Mención que descarta su carácter anterior a la inclusión en el registro de insolvencia.

No consta probado, en definitiva, que se efectuara correctamente el requerimiento de pago y advertencia previa a la inclusión en el fichero de morosos.

En consecuencia, la inobservancia del indicado presupuesto implica que la inclusión del demandante en el fichero de morosidad deba calificarse de indebida, lo que una pacífica jurisprudencia viene señalando que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor ya que supone imputar a una persona el incumplimiento de una obligación pecuniaria, con el descrédito que ello supone respecto a su fama, además de atentar a su propia estimación y lesionar su dignidad.

TERCERO.- Siguiendo a, entre otras, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 115/2021 de 17 Mar. 2021, Rec. 94/2021: "*Con relación al alcance de la indemnización a conceder en estos casos, cabe recordar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 21 de junio de 2018, con cita de la de 26 de abril de 2017, señala: " (i) El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se 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. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre , y núm. 12/2014, de 22 de enero)". Se trata, por tanto, "de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental delart. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en elart. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio".*

(ii) También ha afirmado la Sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre , "según la

jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisprudencial en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1 , 1.1 . y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ8)" (STS 4 de diciembre 2014, rec. núm. 810/2013).

(iii) La inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas.

Para valorar este segundo aspecto afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero , que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que solo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos.

También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados".

CUARTO.- Quedó acreditado en autos que el demandante fue incluido en el fichero Asnef, a instancia de la demandada, el 19 de octubre de 2017 y en el denominado Badexcug el 19 de agosto de 2018, de tal modo que a la fecha de la demanda (marzo de 2020) su permanencia en el primer registro se prolongaba durante 29 meses y en el segundo 19 meses. En el primero figuran un total de 26 consultas efectuadas por 11 entidades diferentes entre el 30 de septiembre y el 24 de diciembre de 2019, y en el segundo únicamente informan sobre las consultas realizadas en los últimos 6 meses, un total de 2 por otras tantas entidades. Nada aparece acerca de que el demandante hubiera sufrido un daño patrimonial propio o difuso por esta causa, hubiera sido privado de financiación, obligado a realizar gestiones más o menos complicadas y menos, que de haberlas realizado, éstas le hubieran provocado una situación de angustia o zozobra.

Destaca en este caso la larga duración de la permanencia en los dos ficheros así como la importante difusión o divulgación del dato, que es una de las pautas fundamentales a tener en cuenta cuando se trata de cuantificar esta clase de indemnizaciones, a la que expresamente alude el art. 9 de la Ley sobre protección civil del derecho al honor (Ley Orgánica 1/82). Atendiendo a las sumas concedidas tanto por el Tribunal Supremo como por esta Sala en asuntos más o menos similares, estimamos que la cantidad de 4.000 € solicitada se ajusta a las circunstancias del caso, incluso se revela moderada. Así, en supuestos en los que existió una divulgación relevante y cierta permanencia en el tiempo, esta Sala ha otorgado indemnizaciones en torno a los 8.000-7.000€ (sentencias de 31 de octubre y 19 de noviembre de 2018 y 13 de marzo y 23 de abril de 2019), mientras que el Tribunal Supremo establecía 7.500 € en la de 22 de diciembre de 2015 y 8.000€ en la de 21 de octubre de 2017, en ambos casos por la inclusión en dos ficheros e importante número de consultas. Lo que no cabe es, como hace la apelada, confrontar la suma aquí reclamada con la concedida en supuestos muy alejados del presente, tanto por el tiempo de permanencia en el fichero como por el número de

consultas habidas, de las que, además, en este caso, solo se conocen las realizadas en los últimos meses antes de interponerse la demanda por lo que es presumible que fueran más de las indicadas."

Al respecto también, entre otras, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 130/2020 de 27 Feb. 2020, Rec. 5906/2018, que continúa: *La sentencia 512/2017, de 221 de septiembre, declara que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, 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."

Si se pone en relación el quantum a indemnizar con la escasa trascendencia, por ser pequeña la deuda, tenemos declarado (sentencia 81/20115 de 18 de febrero) que no puede aceptarse el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una trascendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en registros de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha las exigencias del principio de calidad de los datos, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias.

Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos.

Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios.

Precisamente 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.

5.- Si se contrapone la anterior doctrina a la citada por la sentencia recurrida, que hace un esfuerzo de motivación, se aprecia que no solo no la desconoce sino que, en esencia, la sigue.

Se trata pues, de valorar si ha ponderado adecuadamente esas circunstancias al caso concreto, o se aparta de ellas de tal modo que esté justificada la excepcional revisión en casación.

6.- La ponderación es correcta, por cuanto la sentencia recurrida no considera acreditado el perjuicio de la salud invocado por la actora como primer concepto indemnizatorio, y tampoco considera acreditado, en toda la extensión relatada en la demanda, el daño moral por el que

reclama la suma de 3.000 euros.

Por tanto, la indemnización por daño moral que se concede no se aparta notoriamente de la solicitada.

Es cierto, como resalta el Ministerio Fiscal, que esta cantidad resulta disuasoria si se tiene en cuenta los costes procesales, pero también lo es que obedece a la conducta de la parte en su empecinamiento por recurrir.

La sentencia de primera instancia llevó a cabo un detenido estudio fáctico y jurídico de los perjuicios económicos y morales en el fundamento de derecho tercero, concedió la indemnización de 2.000 euros y no hizo imposición de costas.

En tales términos los intereses quedaban cubiertos, sin los perjuicios que el Ministerio Fiscal procura paliar con su informe."

Con base en dichos pronunciamientos jurisprudenciales, y a lo dispuesto en el art. 9.3 LO 1/1982, acudiendo al caso concreto, se aprecia que la parte actora reclama 6.000€, sin que la demandada haya propuesto, ni siquiera de forma subsidiaria, en el momento procesal oportuno, esto es en la contestación a la demanda, cantidad alternativa, por lo que se debe estar a tal cantidad.

Acreditada, en los términos expuestos, intromisión ilegítima en el derecho al honor, siendo que el propio art. 9.3 LO 1/1982, establece que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, se debe estar a los 6.000€ sostenidos por la parte actora, la cual no se entiende como indemnización simbólica.

En consecuencia, se estima la demanda, debiendo:

1) Declarar y declaro que la inclusión del demandante a petición de la demandada en los ficheros de morosidad/registros de solvencia patrimonial ASNEF EQUIFAX vulneró el derecho al honor del primero.

2) Condenar y condeno a dicha demandada a que abone al actor, en concepto de daños morales, la cantidad de 6.000 €

3) Condenar y condeno a la demandada a realizar todos los actos necesarios para excluir a la parte actora del fichero de morosidad/registro de solvencia patrimonial referido.

CUARTO.- En materia de intereses, en atención a la reclamación expresa formulada por la parte actora, sin oposición expresa, ni siquiera de carácter subsidiario, en la contestación a la demanda, procede condenar a la demandada a abonar a la actora la cantidad referida mas el intereses legal devengado desde la reclamación judicial, de conformidad con los arts. 1100 y 1108 CCiv.

QUINTO.- En cuanto a las costas procesales, tomando como referencia el art. 394 LEC, estimada la demanda, se condena en costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que **ESTIMANDO** la demanda presentada en nombre y representación de contra BENKI DIGITAL LENDING SL, debo:

1) Declarar y declaro que la inclusión del demandante a petición de la demandada en los ficheros de morosidad/registros de solvencia patrimonial ASNEF EQUIFAX vulneró el derecho al honor del primero.

2) Condenar y condeno a dicha demandada a que abone al actor, en concepto de daños morales, la cantidad de 6.000 € mas el intereses legal devengado desde la reclamación judicial, de conformidad con los arts. 1100 y 1108 CCiv

3) Condenar y condeno a la demandada a realizar todos los actos necesarios para excluir a la parte actora del fichero de morosidad/registro de solvencia patrimonial referido.

Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese al Ministerio Fiscal.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO