

Sección Nº 4 de la Audiencia Provincial de Bizkaia BIZKAIKO
PROBINTZIA AUZITEGIKO 4. ATALA

C/ Barroeta Aldamar, 10 3ª Planta - Bilbao, Tel: 94-4016665 audiencia.s4.bizkaia@justizia.eus
NIG: 4802042120200028595

0000164/2023 Sección: L4 Preferente **Apelaciones juicios ordinarios / Apelazio arruntak** Juzgado
de Primera Instancia Nº 11 de Bilbao Procedimiento Ordinario 0001146/2020 - 0

S E N T E N C I A N.º 000602/2023

ILMOS. SRES.

Presidente

D.^a Maria Lourdes Arranz Freijo

Magistrados

D. Edmundo Rodriguez Achutegui

D.^a Ana Garcia Orruño

En Bilbao, a 1 de septiembre del 2023.

La Sección Nº 4 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 0001146/2020 - 0 del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Bilbao, a instancia de BANCO SANTANDER SA, apelante - demandado, representado por el procurador D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA y defendido por el letrado D. JOSE MANUEL CORTES TAMES, contra INTRUM HOLDING SPAIN SAU y D.^a XXX, apelados - demandantes, representados por el procurador D. JULIO GONZALEZ JIMENEZ y defendidos por las letradas D. MARIA MERCEDES RUIZ-RICO VERA y D.^a AINARA LAMIKIZ GARCÍA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado el 22 de enero del 2023.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 11 de Bilbao se dictó en autos de procedimiento ordinario nº 1146/ 20 sentencia nº 22/2023 de fecha 22 de enero de 2022 cuyo fallo establece:

“ Que estimando íntegramente la demanda:

Debo declarar y DECLARO que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. ZZZ y D.^a. XXX por parte de BANCO SANTANDER e INTRUM HOLDING SPAIN SAU.

Debo condenar y CONDENO a BANCO SANTANDER e INTRUM HOLDING SPAIN SAU a realizar cuantas actuaciones sean necesarias para eliminar los datos de D. ZZZ y D.^a. XXX de cuantos ficheros de morosos hubieran sido incluidos, incluyendo los ficheros internos de las propias entidades como cualquier otro fichero de carácter externo.

Debo condenar y CONDENO a BANCO SANTANDER a abonar a cada uno de los actores 5.000 Euros más intereses conforme al Fundamento Jurídico Noveno.

Debo condenar y CONDENO a INTRUM HOLDING SPAIN SAU a abonar a cada uno de los actores 1.000 Euros más intereses conforme al Fundamento Jurídico Noveno.

Se imponen expresamente las costas procesales a las partes demandadas.

“

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Banco Santander S.A. en cuanto a los pronunciamientos relativos a la desestimación de la caducidad de la acción y la condena a abonar a cada uno de los actores la suma de 5.000 euros más los intereses y la imposición de costas por haberles incluido a los actores en los ficheros de solvencia *ASNEF EQUIFAX Y BADEXCUG EXPERIAN*. Los motivos fundamentales se ciñen al error en la aplicación del artículo 38 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre.

TERCERO.- El recurso se tuvieron por interpuestos, dándose traslado al Ministerio Fiscal y a las partes. El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación de los recursos. Y la parte actora se opuso al recurso formulado por la entidad demandada y solicita la confirmación íntegra de la resolución apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 28 de mayo de 2023 se mandó formar el Rollo de apelación, al que ha correspondido el nº **164 /23** de Registro, y turnarse la ponencia a la Sra. Magistrada Dña. Ana García Orruño.

QUINTO- Por providencia de 16 de mayo de 2023 se acordó señalar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 27 de junio de 2023.

SEXTO- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre los términos del litigio y los del recurso

1.1. La parte apelada y actora reclamaba en su demanda que se declare vulnerado su derecho al honor, por la inclusión en registros de solvencia patrimonial a la demandante, se declare la intromisión ilegítima en el honor e intimidad de la demandante y se le condenase a los demandados, a abonar solidariamente como indemnización por daño moral la cantidad de 6.000 euros así como que se condene a la entidad demandada a excluir a los actores del fichero de solvencia pago de los intereses y costas. Todo ello con ocasión de una deuda contraída con el BANCO SANTANDER que había sido previamente satisfecha a las reclamaciones e inclusión en al menos dos ficheros de solvencia patrimonial *ASNEF-EQUIFAX* y *BADEXCUG*.

1.2. La parte demandada y apelada Banco Santander se opuso a la pretensión de la parte actora. Considera por una parte que la acción se encuentra caducada por el trascurso de más de cuatro años sin presentar la demanda, y seguidamente indica que pudiera haber incluido por error en el

fichero a los actores pero que éstos no ejercitaron su derecho de acceso, rectificación ni cancelación . Añade además la improcedencia de la cantidad reclamada en atención al tiempo de permanencia en el fichero, las consultas realizadas y la ausencia de daño moral ni patrimonial.

1.3. La codemandada INTRUM HOLDING SPAIN S.A.U. que fue la cesionaria del crédito cuyo importe a fecha de 30 de enero de 2015 ascendía a 394.311,65 Euros, contesta y se opone. Primeramente, indica que la acción se encuentra caducada. Alega que no consta la inscripción de ninguno de los dos actores en ficheros de morosos , no consta acreditación de los daños y perjuicios irrogados y no se ha ejercitado el derecho de acceso, rectificación, oposición ni cancelación y la indemnización es improcedente.

1.4. El Ministerio Fiscal contestó solicitando el dictado de una resolución conforme al resultado de la prueba.

1.5. La sentencia tuvo por acreditados los siguientes hechos (FJ quinto) :

- a) Los actores intervinieron como avalistas, junto con otras personas, en el préstamo hipotecario que le fue concedido a PROMOCIONES ARBOLZU SL por parte del Banco Santander en el año 2009.
- b) Los actores, en fecha de 10 de octubre de 2012, llegaron a un acuerdo, junto con otros dos avalistas, con el Banco Santander, por el que, mediante el pago por los primeros de 450.000 Euros, el Banco Santander los liberaba de responsabilidad (Doc. 2 Demanda).
- c) La Cláusula tercera de dicho acuerdo dispone que:

*“Tercera. LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PERSONAL. Por medio de la firma del presente documento, y como consecuencia del pago que ha quedado descrito en la cláusula que antecede, el Banco Santander **cancela total y completamente, dejando sin efecto alguno, la garantía personal prestada por** D^a. xxx, D. ZZZ (...) con ocasión de la Escritura de préstamo hipotecario suscrita el día 30 de junio de 2009 y ulterior novación modificativa del mismo, **renunciando de modo expreso a ejercitar acción alguna frente a ellos por dicho concepto.**” Seguidamente como Doc. 3 Demanda, se aporta escritura de cancelación de hipoteca.*

- d) El 7 de febrero de 2014 Banco Santander reclama a los actores el pago de la cuantía de 392.137,91 Euros y advertía de que en caso de no producirse pago se procedería a ceder los datos a los ficheros de control de morosidad (Doc. 5 Demanda).
- e) Los actores por medio de su letrado se pusieron en contacto con Banco Santander, remitiendo comunicación (Doc. 6 Demanda), donde exponían que la reclamación era debida a un error, que las deudas estaban ya canceladas por el acuerdo al que llegaron, y que habiendo consultado el Informe de Riesgos del Banco de España aparecía la cantidad de 392.000 Euros frente a Banco Santander, por lo que les invitaba a cancelar la totalidad de las posiciones de la carta, y eliminar la información derivada de la misma en los archivos.

- f) El 18 de marzo de 2014 (Doc.10 Demanda), D^a. X recibe comunicación de Experian BADEXCUG, en la que se le informa que, por disposición de Banco Santander, se le ha incluido en el mismo y que la fecha de inclusión fue el 16 de marzo de 2014.
- g) Los actores intentaron llevar a cabo la retirada, sin éxito de sus datos de los ficheros (Doc. 13 Demanda)
- h) El Banco Santander comunicó a los actores , la cesión el 12 de febrero de 2015, del crédito a LINDORFF HOLDING, hoy Intrum (Doc.15 Doc.22 y 23 Demanda).
- i) El 3 de marzo de 2015 los actores reciben carta de EXPERIAN disponiendo que sus datos se habían incluido en INFODEUDA por obra de Intrum.
- j) En fecha 7 de octubre de 2020, comunica Intrum a D. Z y D^a. X, la cesión del crédito y le reclama el pago del mismo (documento 22 y 23 de la demanda).
- k) *Los datos de los actores fueron incluidos en EQUIFAX a instancia de Banco Santander el 03/03/2014, por un préstamo hipotecario en calidad de avalista. Los datos se cancelaron el 10/02/2015 por Banco Santander y no consta que durante ese periodo de inclusión fuesen consultados por ninguna entidad. (oficio de EQUIFAX folio 423)*
- l) En el fichero de Experian consta la inclusión el 16 de marzo de 2014 (documento 10 de la demanda) y el 15 de febrero de 2015 (documento 16) y 1 de marzo de 2015 (documento 17 y 18)
- m) En el fichero BADEXCUG en los últimos cinco años no consta operaciones dadas de baja (folio 439)

1.6. De dichos elementos fácticos se infirió en la resolución recurrida que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los actores, por cuanto que la prueba documental citada evidenciaba que, los actores cancelaron en 2012 la deuda que mantenían con el Banco Santander, y que, a pesar de ello, el Banco Santander siguió reclamando la deuda que posteriormente cedió pese a ser inexistente, y a pesar de los intentos de los actores para solucionar esta situación, , de tal manera que primero el Banco Santander y después Intrum (antes LINDORF) inscribieron los datos en los ficheros ASNEF EQUIFAX y BADEXCUG EXPERIAN. Se añade que tras la cesión es el Banco Santander quien borra o retira los datos de los anteriores ficheros, el 10 de febrero de 2015, si bien la cesión del crédito es notificada a los actores el 12 de febrero de 2015 y , Intrum incorpora los datos de los actores al fichero INFODEUDA.

1.7. Por ello la resolución recurrida declara que las demandadas habían cometido una intromisión ilegítima en el honor de la parte demandante por incluir y mantener sus datos registrados en el fichero de morosos y condenó a la demandada apelante a abonar la suma de 5.000 euros y sus intereses, junto con la imposición de costas.

1.8. Dicha sentencia es objeto de apelación por el demandado Banco Santander, tanto por la caducidad de la acción como por error en la valoración de la prueba e interpretación.

1.9. Por razones de sistemática procede analizar en primer lugar la alegación relativa a la caducidad de la acción ejercitada.

SEGUNDO.- De la caducidad.

2.1. Se opone por la entidad apelante la excepción de caducidad para el ejercicio de la acción de protección instada

2. 2.El plazo para el ejercicio de las acciones de protección de derecho al honor por la indebida inclusión en el registro es de cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9.5 LO 1/1982).

2.3. Se cuestiona si se trata de un plazo de caducidad o prescripción y cuál ha de ser determinado como día de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción.

2.4. Sobre la naturaleza del plazo la jurisprudencia lo consideran un plazo de caducidad y, como tal, no susceptible de interrupción de tal manera que ni un eventual proceso penal (STS 118/2013, de 25 de febrero, ROJ: STS 666/2013, 452/2015, ROJ: STS 3226/2015, y 453/2015, ROJ: STS 3225/2015, ambas de 16 de julio) ni la incoación de un expediente sancionador por parte de la AEPD (STS 307/2014, de junio, ROJ: STS 2145/2014) producen efecto suspensivo alguno sobre el plazo de los cuatro años.

2.5. Y en cuanto a la determinación del día inicial del plazo hemos de partir de los daños causados por la intromisión ilegítima que tiene la consideración de daños continuados, como categoría contrapuesta a los daños permanentes desde las STS 899/2011, de 22 de noviembre, ROJ: STS 8213/2011, y 554/2014, de 21 de octubre, ROJ: STS 4232/2014 . Por ello, se descarta como fecha de inicio del cómputo aquella en la que el perjudicado tiene conocimiento de su inclusión en el fichero, porque la fuente de la intromisión en el derecho al honor persiste en su eficacia potencialmente lesiva hasta la cancelación de los asientos, y se fija como como regla que general que el día inicial debe coincidir con el de la cancelación de los datos (STS 307/2014, de 4 de junio, ROJ: STS 2145/2014). Si bien con un matiz importante, y relativo a que cuando la cancelación de los datos no es conocida por el perjudicado por causas que no le son imputables, el comienzo del plazo se pospone hasta la fecha en que razonablemente pudo conocer dicha cancelación. Es el caso analizado en la STS 307/2014, de 4 de junio, ROJ: STS 2145/2014, en el que no se notificó al perjudicado la cancelación y, además, el acreedor demandado continuó reclamando la supuesta deuda a través de un despacho de abogados. El hecho de que el propio perjudicado tuviera la posibilidad de solicitar del titular del fichero la oportuna información

sobre sus datos no se entiende como obstáculo a esta tesis, ya que no estamos ante registros públicos cuya finalidad sea evitar que pueda alegarse el desconocimiento de los datos en él publicitados.

2.6. Por ello en el supuesto de autos, en que los actores hasta fechas recientes han seguido recibiendo reclamaciones por la deuda extinguida, procede declarar que la acción que ejercitan no está caducada.

TERCERO.- Las consecuencias indemnizatorias.

3.1. Afirma la parte recurrente que la sentencia ahora recurrida establece una indemnización de 5.000 € para cada uno de los actores, lo que no encuentra amparo en un daño y un perjuicio real y ni en los valores que se están reconociendo por la jurisprudencia

3.2. El primer reproche que se hace es el relativo a no tomar en consideración la propia responsabilidad de los actores por el tiempo que estuvieron vigentes las anotaciones en los ficheros ya que estos quedaban al margen de la deuda afianzada como conforme a la convenido en el contrato privado de 10 de octubre de 2012 por el que se les libera de su responsabilidad y se otorga carta de pago. Dato aponer en relación con el momento y la forma en que se ejercita el derecho de acceso, rectificación y cancelación. Tal motivo de apelación no puede prosperar para eximir de indemnización o minorar la misma, por cuanto que la inclusión la realiza el ahora recurrente y su cesionaria, de un derecho de crédito inexistente por el convenio alcanzado. Por tanto, el momento de ejercicio de la acción y las recientes y constantes comunicaciones con la advertencia de inclusión, en el registro de morosos, no conllevan que el ejercicio que la ahora recurrente considera tardío y caducado pueda minorar el tiempo transcurrido y las vicisitudes derivadas de la inclusión del crédito en el registro. Por tanto, no existe comportamiento de los actores que pueda ser tildado de negligente o abusivo y que determine la modificación del importe que se ha fijado como indemnización acorde al daño ocasionado por la indebida inclusión.

3.3. Se alega también que al tratarse de una deuda afianzada de forma solidaria solidarios se comprometía el patrimonio de esa unidad familiar por lo que esa individualización de la codena indemnizatoria de 5.000 euros para cada uno de ellos, excede con mucho la valoración del daño moral que reclaman. No comparte tal criterio esta sala. Hemos de poner de relieve lo indicado por la STS, del 24 de noviembre de 2022 (ROJ: **STS 4401/2022** - ECLI:ES:TS:2022:4401) y STS 130/2020, de 27 de febrero, ROJ: STS 655/2020, que con cita de otras, resume la doctrina de la Sala 1ª sobre la indemnización procedente cuando la inclusión en los ficheros como el de autos, supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Las pautas generales de esta doctrina son las siguientes:

a) El marco normativo aplicable es el de la LO 1/1982, lo que conlleva que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (art. 9.3).

b) No son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico, porque está afectado un derecho fundamental que requiere de protección real y efectiva (arts. 9.1, 1.1. y 53.2 CE), y ello exige una reparación adecuada (sentencia 512/2017 21 de septiembre de 2017 (ROJ: STS 3322/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3322 o la sentencia STS 340/2022, de 2 de febrero, ROJ: STS 340/2022, que casó una sentencia que había fijado la indemnización en 1000 euros, frente a los 5000 euros solicitados en que fue el importe en el que los fijó)

c) La escasa cuantía de la deuda no disminuye, por sí misma, la importancia del daño.

d) 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.

e) 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, atendiendo a las circunstancias del caso y utilizando criterios de prudente arbitrio.

f) El daño moral comprenderá 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. Por ello ha de tenerse en cuenta.

1.- la divulgación que ha tenido el dato, y en particular, si la difusión está limitada a los empleados de la empresa acreedora y los del responsable de fichero o si, por el contrario, el dato ha sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos;

2.- la falta de consultas de los datos o la falta de prueba sobre las consecuencias patrimoniales que haya podido tener la inclusión no excluye el daño moral, sino que solo sirve para moderar su cuantía;

3.- el tiempo de inclusión de los datos;

4.- la existencia de otras deudas inscritas de cuantía muy superior,

5.- la ausencia de beneficio de la demandada,

6.- la falta de reclamaciones previas presentadas por la demandante,

7.- No es relevante el montante de la eventual sanción impuesta por la AEPD (STS 81/2015, de 18 de febrero, ROJ: STS 557/2015)

8.- 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;

3.4. Por tanto, si tomamos en consideración el tiempo en que permaneció la información de los datos tratados, la entidad de la deuda, la angustia que produce en los perjudicados aunada además a las reiteradas comunicaciones de inclusión junto con la propia cesión y la falta de cumplimiento del acuerdo alcanzado sobre la deuda afianzada por la demandada , permiten inferir la razonabilidad de la ponderación que el

juzgado de Instancia efectúa sobre el daño causado por la intromisión ilegítima en el derecho al honor de ambos demandantes.

3.5. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- De las costas de apelación

4.1. Conforme al art. 398.1 LEC, se condena al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

QUINTO .- Depósito para recurrir

5.1 La desestimación del recurso de apelación conlleva la pérdida del depósito para recurrir (Disposición Adicional 15ª.9 LOPJ).

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

FALLAMOS

I.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA, Procurador de los Tribunales y de BANCO SANTANDER, S.A., frente a la sentencia de 22 de enero de 2023 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Bilbao en el procedimiento ordinario nº 1146/20.

II.- CONDENAR a BANCO SANTANDER, S.A., al pago de las costas del recurso de apelación.

III .- DECRETAR la pérdida para BANCO SANTANDER, S.A. del depósito consignado para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LEC).



También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art.478.1. 2º LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el BANCO SANTANDER con el número 4704000001016423. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, 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 solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el día de la fecha de la firma electrónica, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.