

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA. SECCIÓN SEGUNDA -
UPAD**
**ZULUP - GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIKO BIGARREN
ATALA**

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 Fax / Faxes: 943-000701

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s2.gipuzkoa@justizia.eus / probauztegia.2a.gipuzkoa@justizia.eus

**Recurso apelación procedimiento ordinario
LEC 2000 / Prozedura arrunteko
apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2056/2021 - R**
O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia
e Instrucción nº 3 de Bergara - UPAD / ZULUP - Bergarako
Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 3 zenbakiko Epaitegia
Autos de Procedimiento ordinario 373/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsoailea:

Procurador/a/ Prokuradorea: NEREA ARIÑO DELGADO
y NEREA ARIÑO DELGADO
Abogado/a / Abokatua: RUBEN CUETO VALLVERDU y
RUBEN CUETO VALLVERDU
Recurrido/a / Errekurritua: BANCO DE SANTANDER,
S.A. y MINISTERIO FISCAL
Procurador/a / Prokuradorea: PABLO JIMENEZ GOMEZ
Abogado/a/ Abokatua: JOSE MANUEL CORTES
TAMES

S E N T E N C I A N.º 1105/2021

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D.ª YOLANDA DOMEÑO NIETO
D.ª ANE MAITE LOYOLA IRIONDO
D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En Donostia / San Sebastián, a veinte de julio de dos mil veintiuno.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Sección Segunda - UPAD, constituida por los/as Ilmos/Ilmas. Sres./Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 373/2019 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Bergara - UPAD, a instancia de D. 1

- demandantes, representados por la procuradora D.ª NEREA ARIÑO DELGADO y defendidos por el letrado D. RUBEN CUETO VALLVERDU, contra BANCO DE SANTANDER, S.A., apelada - demandada, representada por el procurador D. PABLO JIMENEZ GOMEZ y defendida por el letrado D. JOSE MANUEL CORTES TAMES, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL (apelado); todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20 de noviembre de 2020.

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.- El 20 de noviembre de 2020 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Bergara, dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"DESESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ariño Delgado, en nombre y representación de don _____ y Dña. _____ contra BANCO SANTANDER y ABSOLVER a la misma de las pretensiones que contra ella se ejercitaban con condena en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 19 de julio de 2021.

TERCERO.- Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D. Felipe Peñalba Otaduy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. _____ y D^a _____ con fundamento en 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, han interpuesto una demanda contra BANCO SANTANDER, S.A. en la que reclaman una indemnización de 15.000 € de principal por los daños morales padecidos como consecuencia de aparecer indebidamente inscritos como deudores en el fichero de la Central de Riesgos del Banco de España (en lo sucesivo, CIRBE), que califican como fichero de morosos, por razón de una supuesta deuda por importe de 545.705 € contraída en su momento con la entidad BANCO PASTOR, S.A. como consecuencia de la contratación de una hipoteca y un préstamo personal, deudas que fueron satisfechas por los demandantes mediante un acuerdo extrajudicial de fecha 6 de octubre de 2010, lo que entienden constituye una intromisión ilegítima en su honor.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Bergara ha desestimado la demanda por sentencia de 20 de noviembre de 2020 por entender que en el caso de autos no se ha producido una vulneración del derecho al honor de los demandantes. Los demandantes recurren en apelación la indicada sentencia interesando su revocación y la estimación íntegra de la demanda con fundamento en las alegaciones que, en síntesis, son las siguientes:

1.- La juzgadora *a quo* no ha tenido en cuenta que sus representados nada adeudan desde el año 2010, ni como deudores, ni como fiadores, tras haber alcanzado un acuerdo extrajudicial con BANCO PASTOR.

2.- La inscripción de una deuda inexistente en el CIRBE y su mantenimiento en el tiempo supone una vulneración del derecho al honor, con independencia que sea el CIRBE uno u otro tipo de fichero. Si mañana necesitaran hacer una operación financiera, se les denegaría automáticamente por el solo hecho de estar inscritos en el CIRBE cuando desde el acuerdo extrajudicial deberían haber sido retirados de la lista.

La representación de BANCO SANTANDER, S.A. se opone al recurso interpuesto de contrario e interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo ya ha desarrollado jurisprudencia sobre la vulneración del derecho al honor por la inclusión de datos de carácter personal en el fichero CIRBE (así, entre otras, SSTS nº 312/2014, de 5 de junio, nº 114/2016, de 1 de marzo y nº 586/2017, de 2 de noviembre).

Si bien el fichero de CIRBE no es propiamente un fichero de datos de carácter personal de los previstos en el apartado 2º del art.29 de LOPD, esto es, uno de los denominados “registros de morosos”, se encuentra también sometido al principio de calidad de datos de forma que los que se introduzcan en el mismo han de ser ciertos y exactos.

En este sentido, como reitera la STS nº 586/2017, de 2 de noviembre:

“De acuerdo con su normativa reguladora vigente cuando se produjeron los hechos (art. 59 y siguientes de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, y anteriormente, artículo 16 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, por el que se creó dicho fichero, y normas reglamentarias complementarias), la Central de Información de Riesgos del Banco de España es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades de crédito y otras entidades financieras, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito derivados de contratos tales como préstamos, créditos, descuentos, emisiones de valores, contratos de garantía, compromisos relativos a instrumentos financieros, o cualquier otro tipo de negocio jurídico propio de su actividad financiera, para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad, permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección y contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas. A tales efectos, tales entidades han de enviar periódicamente al CIRBE los datos sobre las operaciones de esa naturaleza que concierten y las personas que directa o indirectamente resulten obligadas en ellas. También comunicarán los datos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante.

»Las entidades declarantes tienen derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídica registradas en el fichero de CIRBE siempre que dichas personas mantengan con la entidad solicitante algún tipo de riesgo, o bien hayan solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figuren como obligadas al pago o garantes en

documentos cambiarios o de crédito cuya adquisición o negociación haya sido solicitada a la entidad.

»[...] De lo expuesto se desprende que el fichero de CIRBE no es propiamente un fichero de datos de carácter personal de los previstos en el apartado 2º del art. 29 de la LOPD, esto es, uno de los denominados habitualmente "registros de morosos" por recoger datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor. Es un fichero administrativo específico destinado a informar sobre los riesgos de crédito derivados de contratos propios de la actividad financiera. Es posible que contenga informaciones sobre la existencia de incumplimientos de obligaciones dinerarias, cuando las mismas se hayan producido, pero no necesariamente toda persona cuyos datos personales se incluyen en tal fichero está asociada a informaciones sobre tales incumplimientos, basta con que sea prestataria, acreditada o fiadora en una operación”.

Y la STS nº 312/2014, de 5 de junio, recuerda:

“7.- Cuando se ejercita una acción de protección del derecho al honor por intromisión ilegítima derivada de la indebida inclusión de datos personales que menoscaban el honor (como es la condición de moroso) en un fichero automatizado, la justificación de la conducta ofensiva que excluye su ilegitimidad se concreta en que la actuación del responsable de la inclusión de tales datos en el fichero cumpla las exigencias de la normativa sobre protección de datos.

Esta normativa está constituida básicamente por el art. 18.4 de la Constitución, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 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, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD). Las especialidades que se contienen en la Ley núm. 44/2002, de 22 de noviembre, no modifican, en lo que aquí interesa, el régimen que resulta de esta normativa. Además, esta ley ha de ser interpretada conforme al art. 18.4 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva comunitaria, y conforme al Convenio del Consejo de Europa ratificado por España, que a su vez sirve de pauta interpretativa del citado art. 18.4 de la Constitución en virtud de lo previsto en el art. 10.2 de la Constitución.

Estas normas (Convenio, Carta de Derechos Fundamentales, Directiva, LOPD) exigen lo que se ha venido a llamar la "calidad" en los datos personales objeto de tratamiento automatizado en ficheros, que se concreta en la exigencia de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud de los datos personales objeto del tratamiento automatizado.

El art. 5 del Convenio establece que los datos de carácter personal que fueran objeto de tratamiento automatizado deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado, exactos y si fuera necesario puestos al día. Los datos personales recogidos, tratados e incorporados al fichero han de ser exactos (art. 6.1.e de la Directiva y 4.3 LOPD), adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido (art. 6.1.d de la Directiva y 4.1 LOPD).

Este principio de calidad de los datos se recoge también en la normativa específica reguladora del fichero del CIRBE, pues el art. 60.2 de la Ley 44/2002 dispone: «l os datos declarados a la CIR por las entidades obligadas serán exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual de los riesgos y de sus titulares en la fecha de la declaración ».”

Por tanto, como señala esta última sentencia:

“4 .- Esta sala ha declarado de modo reiterado que la inclusión de datos personales en un fichero automatizado, del que resulte la condición de morosa de la persona afectada, faltando a la veracidad, implica una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado si este ha sido incluido en dicho registro indebidamente”.

En el caso de autos, no resulta controvertido que el origen de la deuda que da lugar a la inscripción en el fichero CIRBE proviene de la póliza de liquidación, responsabilidad y garantía de operaciones mercantiles suscrita el 28 de febrero de 2008 por y BANCO PASTOR, S.A. en la que los demandantes figuraban como fiadores. La citada mercantil, que se encontraba sin actividad desde el mes de junio de 2009, presentó concurso de acreedores, que fue tramitado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, con el número 431/2009, dictándose auto el 18 de septiembre de 2015 que declaró concluso el concurso y acordó el archivo de las actuaciones por insuficiencia de la masa activa.

Por otra parte, la prueba documental practicada acredita que con fecha 10/9/2009 BANCO PASTOR, S.A. formuló en los Juzgados de Primera Instancia de Barakaldo una demanda de ejecución hipotecaria contra los demandantes y otras personas con base en la citada póliza reclamándoles la cantidad de 194.913,04 € de principal de acuerdo con la liquidación practicada el 10/7/2009, así como que con fecha 28/10/2009 BANCO PASTOR, S.A. formuló en los Juzgados de Primera Instancia de Bergara una demanda de ejecución hipotecaria contra los demandantes y otras personas con base en el contrato de apertura de cuenta corriente formalizado el 28/2/2008 entre el citado banco y la mercantil . en el que en garantía del saldo de la cuenta los demandantes constituyeron hipoteca sobre una vivienda de su propiedad y por el que se les reclamaba la cantidad de 280.487,50 € de principal.

Igualmente, los demandantes acompañaron a su demanda copia de un documento fechado el 6/10/2010 por el que BANCO PASTOR, S.A. declaraba recibir de los demandantes la cantidad de 70.000 € y se obligaba a desistir de los procedimientos indicados manifestando que el desistimiento “conlleva la renuncia frente a los mismos (los actores) de reclamar el resto de la deuda objeto de aquellos, así como de los conceptos correspondientes a intereses y costas, declarando Banco Pastor, S.A. que nada más tiene que reclamar frente a los beneficiarios de esta renuncia, como consecuencia de los indicados procedimientos ni de las deudas objeto de los mismos”. Dicho documento no ha sido impugnado, no cuestionándose el acuerdo alcanzado entre BANCO PASTOR, S.A. y los demandantes.

Las claves que figuran en el fichero de riesgos del BANCO DE ESPAÑA, S.A. (documento nº 1 de la demanda) son: V 32: tipo de producto: crédito financiero; T 19: intervención en condición de garante; G 10: garantía personal; E 14: garantía total; y 120: situación de la operación: incumplimiento de más de 4 años.

De la información que obra en el fichero de riesgos se desprende que los demandantes tienen la condición de garantes de la totalidad del crédito financiero concertado por un tercero y que dicho crédito se encuentra en situación de mora. Por tanto, no puede compartirse la conclusión de la sentencia de instancia de que no se asocia a los demandantes una información sobre impago o morosidad.

BANCO SANTANDER, S.A. debería justificar la veracidad, exactitud y pertinencia de los datos comunicados al BANCO DE ESPAÑA, pero es lo cierto que el acuerdo alcanzado en su día entre los demandantes y BANCO PASTOR, S.A. conlleva la renuncia de la entidad bancaria a reclamar la deuda garantizada, por lo que en modo alguno está justificado el mantenimiento de los datos de los demandantes en los términos recogidos en el fichero de riesgos, debiendo haber procedido la entidad bancaria a su corrección eliminando la asociación entre mora del crédito y garantía del mismo por parte de los demandantes.

Por consiguiente, habiendo incumplido la entidad bancaria las exigencias de calidad de los datos por el mantenimiento a partir del acuerdo de 6/10/2010 de los demandantes como morosos en el fichero CIRBE, debe concluirse que ha existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de éstos por parte de BANCO PASTOR, S.A. (posteriormente absorbida por BANCO POPULAR ESPAÑOL, adquirido a su vez por BANCO SANTANDER, S.A.), por lo que debe estimarse el recurso de apelación y estimar la pretensión declarativa de los demandantes por lo que atañe a la vulneración del derecho fundamental al honor.

Los demandantes exponen en el fundamento de derecho segundo de la demanda los criterios jurisprudenciales tenidos en cuenta para graduar la indemnización por intromisión ilegítima en el derecho al honor, pero no especifican qué criterios de los aludidos son aplicables al caso de autos y por qué motivo se ha fijar la indemnización en la cuantía peticionada de 15.000 €. Por otra parte, la falta de precisión a la hora de determinar la cantidad indemnizable correspondiente a cada uno de los dos demandantes nos lleva a considerar que la suma peticionada para cada uno de ellos es la mitad del importe total reclamado, esto es, 7.500 €.

El art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, 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”.

Como señala, entre otras, la STS nº 261/2017, de 26 de abril, este precepto establece una presunción “iuris et de iure”, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, indicando igualmente que no son admisibles las indemnizaciones de carácter simbólico, incompatibles con el contenido de los arts. 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.

En el caso de autos, a los efectos de valorar el daño moral se ha de tener presente que la intromisión no se produce por la indebida inclusión de los datos en el CIRBE, sino por el mantenimiento de los mismos sin modificación durante un largo período de tiempo a pesar de haberse alterado las circunstancias del crédito. Por otra parte, no consta divulgación de los datos más allá de la derivada de su permanencia en el CIRBE y no se aprecia quebranto o angustia producida por gestiones realizadas para lograr la rectificación de los datos, no constando reclamación de los demandantes dirigida a la entidad bancaria previa a la interposición de la demanda. Por último, entendemos que el daño moral padecido no es igual en ambos casos. El ~~f~~igura igualmente como garante personal de otra operación en situación de mora

(riesgo vencido con _____ según refiere la parte demandada y que no ha sido cuestionado), y es el administrador único de _____, compañía afianzada de la que deriva el crédito financiero comunicado al CIRBE, que presentó concurso de acreedores, concurso que fue declarado culpable, inhabilitándose al mismo durante un período de cinco años. Por el contrario, la Sra. _____ no figura como garante de otro préstamo en situación de mora, ni concurren las circunstancias que se dan en el otro codemandante. Por consiguiente, el daño moral padecido por el Sr. _____ merece ser calificado como más leve, siendo de mayor gravedad el padecido por la Sra. _____. Por todo ello, se estima razonable fijar en 3.000 € la indemnización a favor de aquél y en 6.000 € la indemnización a favor de ésta.

Por todo lo cual, procede, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia de instancia y estimar parcialmente la demanda en los términos expuestos en el presente fundamento de derecho.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC, la estimación parcial del recurso de apelación determina que no se condene en las costas derivadas del mismo a ninguno de los litigantes.

La estimación parcial de la demanda determina que las costas de primera instancia no se impongan a ninguna de las partes (art. 394.2 LEC).

CUARTO.- El art. 576.2 LEC. establece que, en los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto; considerando, en el caso que se presenta a esta sala, que tales intereses se devengarán en la cuantía anual del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente resolución, dado que la sentencia de primera instancia fue desestimatoria de la demanda reconventional y no se establecía, por tanto, cantidad alguna que hubiera de ser pagada por la demandada.

QUINTO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación de D. _____ y Dª _____, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de

Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Bergara en los autos nº 72/2020, **REVOCANDO** la misma y, en su lugar, se dicta nueva sentencia por la que:

1.- Se declara que la entidad demandada BANCO SANTANDER, S.A. ha atentado al derecho al honor de los demandantes por su mantenimiento en el fichero CIRBE.

2.- Se declara que BANCO SANTANDER, S.A. está obligada a resarcir a los demandantes por la lesión en su derecho fundamental al honor.

3.- Se condena a BANCO SANTANDER, S.A. a indemnizar a D. _____
en 3.000 € y a D^a _____ en 6.000 € en concepto de
daño moral. La citada cantidad devengará intereses calculados al tipo del interés legal
incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

4.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a D. _____ y D^a _____

el depósito constituido para recurrir la sentencia, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 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 1858/0000/12/2056/21. 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/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.