

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA
Centro de Ciencias Económicas y Empresariales
ETEA (Centro Adscrito de la UCO)

EI CONSUMIDOR Y LOS FICHEROS DE MOROSOS

(Análisis del Art. 29 de la Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre, de
Protección de Datos de Carácter Personal)

Tesis para la obtención del grado de Doctor
Directora: Prof. Dra. D^a M^a Teresa Velasco Portero
Autor: D. Antonio Linares Gutiérrez

Córdoba, Mayo 2013

TITULO: *EL CONSUMIDOR Y LOS FICHEROS DE MOROSOS*

AUTOR: *ANTONIO LINARES GUTIÉRREZ*

© Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2013
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

www.uco.es/publicaciones
publicaciones@uco.es



**TÍTULO DE LA TESIS: EL CONSUMIDOR Y LOS FICHEROS DE MOROSOS
(ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE
DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL)**

DOCTORANDO/A: ANTONIO LINARES GUTIÉRREZ

INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

La presente tesis es una obra rigurosa, metódica y argumentada, con un esquema clásico de introducción con planteamiento de hipótesis, análisis crítico de todo ello a partir de una completa revisión normativa, doctrinal y jurisprudencial y conclusiones coherentes con lo anterior.

La evolución de la tesis ha sido muy constante, desde un planteamiento maduro, ya que nació de la experiencia profesional del doctorando, abogado en ejercicio. Tras el planteamiento inicial, el doctorando ha ido adquiriendo y aplicando la metodología de la investigación científica, con el resultado de una tesis muy bien cimentada.

Las conclusiones obtenidas son de gran interés como propuestas de lege ferenda, para una regulación de la materia más respetuosa con los derechos fundamentales.

Durante la elaboración del trabajo de tesis se han ido presentando parte de su análisis y conclusiones en diversos foros científicos, siendo el más relevante el artículo publicado en el Vol.21, no 2 (2012) de la Revista Derecho, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Para su admisión, este trabajo superó un proceso de evaluación de doble ciego.

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, 23 de mayo de 2013

Firma del/de los director/es

Fdo: Dra. Mª Teresa Velasco Portero

Agradecimientos

Hace unos cuantos años que decidí iniciar el camino de la elaboración de la presente tesis doctoral. No ha sido fácil, pero no hubiera sido posible recorrerlo sin la ayuda de personas e instituciones que me brindaron su apoyo.

Desde que en un principio me inscribiera en el programa de doctorado, el apoyo de mi esposa, Fátima, ha sido determinante. Igualmente, mi directora de tesis, Doña Teresa Velasco Portero, quien de forma desinteresada me ofreció la posibilidad de realizarla, dirigiendo y animándome en todo momento, sin cuya ayuda este trabajo no hubiera sido posible y a quien espero no haber defraudado en la confianza que depositó en mí, gracias. Junto con ella, quiero agradecer a ETEA y a la Universidad de Córdoba la colaboración que me han prestado para el buen fin del trabajo.

Quiero agradecer también al resto de personas que me han ayudado, como mis padres, Antonio y Josefina, quienes con su sacrificio han permitido que estuviera en disposición de llevar a cabo esta tesis.

A mis hijos Borja y Luis, quienes se han visto privados de mi tiempo por las horas dedicadas a la confección de la tesis, pero que de alguna manera, también la han hecho suya.

A mis amigos, hermanas, María Pau Gómez, quien me abrió las puertas del archivo General del Valle de Arán, y en general, a quienes en todo momento han estado interesados en el desarrollo del trabajo y que no mencionó por temor a dejarme alguno y, por supuesto y una vez más, a Fátima, quien durante estos últimos años ha padecido el tiempo y los diferentes ánimos que han acompañado a la redacción de la obra.

EL CONSUMIDOR Y LOS FICHEROS DE MOROSOS

(Análisis del Art. 29 de la Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal)

	Pg.
INTRODUCCIÓN.....	11
Capítulo 1. Cuestiones generales.....	25
1.1. Antecedentes.....	27
1.2. Legitimidad.....	29
1.3. Definición del fichero sobre solvencia patrimonial.....	31
1.4. Tipos de ficheros contemplados en el art. 29 LOPD.....	32
1.5. El confusionismo con respecto a los tipos de ficheros contenidos en el artículo 29 LOPD.....	35
Capítulo 2. Elementos subjetivos.....	41
2.1. Sujetos intervinientes.....	45
2.2. Actuar por cuenta o interés de acreedor.....	47
2.3. Evolución de la imputación de responsabilidad.....	52
2.4. Especial referencia a la responsabilidad del acreedor.....	62
2.4.1. Responsable del tratamiento y responsable del fichero.....	63
2.4.2. El titular del fichero común como encargado del tratamiento.....	64
2.4.3. El acreedor como responsable solidario.....	65
2.4.4. Responsabilidad del acreedor al amparo del art. 43 del Reglamento 1720/2007.....	66
2.4.5. Conclusiones respecto a la responsabilidad del acreedor.....	69
2.5. El consumidor.....	70
Capítulo 3. Elementos objetivos.....	77
3.1. Comunicaciones al amparo del art. 29.....	79
3.1.1. Información.....	79
3.1.2. El requerimiento.....	81
3.1.3. La notificación.....	91
3.2. Antigüedad máxima de la deuda de seis años.....	97
3.2.1. Especial referencia al fichero CIRBE.....	100
3.3. Deuda veraz.....	106
3.3.1. Crítica a la STS 15 de julio de 2010.....	108
3.4. Deuda cierta.....	121
3.4.1. Concepto.....	122
3.4.2. Existencia de la deuda. proceso de formación y respeto de los derechos del consumidor.....	123
3.4.2.1. Unilateralidad.....	123
3.4.2.2. Carga de la prueba.....	127
3.4.2.3. Presunción de inocencia.....	131
3.4.3. La determinación judicial de la deuda (LEC y jurisprudencia).....	136

3.4.3.1. El juicio monitorio.....	137
3.4.3.2. El juicio ejecutivo.....	140
3.4.3.3. Las sentencias judiciales.....	142
3.4.3.4. El reconocimiento de deuda.....	148
3.4.3.5. Conclusión	150
3.4.4.- La determinación judicial de la deuda en “otra normativa”.....	150
3.4.5.- Análisis de la procedencia de la intervención judicial en la determinación de la deuda contemplada en el art. 29 LOPD.....	154
3.4.6.- Liquidez de la deuda.....	159
Capítulo 4. Justificación de los ficheros de morosos.....	167
4.1. Valoración positiva.....	169
4.2. Los peligros.....	175
4.3. Su finalidad.....	184
4.4. Justificación a través del TDC.....	193
Capítulo 5. El dato personal como bien patrimonial.	201
5.1. Definición y aspectos generales.....	203
5.2. Naturaleza jurídica.....	204
5.3. La propiedad del dato personal.....	207
5.4. Contenido patrimonial.....	208
CONCLUSIONES.....	211
BIBLIOGRAFÍA.....	219
ABREVIATURAS.....	233

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

1.- La protección jurídica de los datos personales

“...hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy: Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos.”¹

Este argumento, contenido en la primera ley sobre protección de datos de nuestro país, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, BOE 31 de Octubre (en lo sucesivo LORTAD) sirvió de base no solo para su promulgación, sino para un desarrollo legal posterior y toma de conciencia, tanto por legisladores como por el resto de la población española, de la importancia de proteger los datos personales ante una nueva realidad social. La protección de los datos personales es un concepto jurídicamente novedoso que ofrece un haz de posibilidades de investigación ante el incipiente desarrollo de un nuevo derecho fundamental. No obstante, constituye uno de los derechos denominados de tercera generación.

El desarrollo legislativo ha sido una constante desde que en 1992 se publicará la referida ley sobre protección de datos (LORTAD). En efecto, siete años después de su promulgación se publicó la segunda ley, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) que deroga por completo la primera, un Reglamento de desarrollo en el año 2007, el 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, (en adelante RDLOPD), numerosas instrucciones por parte de la Agencia de Protección de Datos, y un buen número de reformas legislativas sobre esta materia. Sin embargo, un estudio más detenido nos permite observar que la regulación en torno a los datos personales

¹Exposición de Motivos LORTAD

no es tan moderna como se pensaba, pudiéndose distinguir distintas fases en su evolución.

Primera fase: En un principio, los estados sintieron la necesidad de controlar la población que habitaba dentro de sus fronteras con el objeto de conocer, por ejemplo, sus posibilidades militares o su capacidad de recaudación fiscal, sin que en esta fase se contemplase ningún derecho de los ciudadanos sobre el tratamiento de sus datos. Ya en las Sagradas Escrituras nos encontramos con la existencia de diferentes censos poblacionales, en las Cortes de Tarazona de 1.495 se describe cómo se estudiaba la población (mediante fuentes indirectas y por suposición contándose los poblados por fuegos o casas), pero no es hasta el concilio ecuménico de Trento (1545-1563) cuando se estableció un registro obligatorio de todos los nacimientos, muertes, matrimonios y confirmaciones así como el padrón para los referidos registros. No obstante, los archivos parroquiales existían desde mucho antes del Concilio de Trento (desde mediados del siglo XV) recogiendo testimonio de los referidos actos en libros sacramentales. Pero es a través de los censos cuando encontramos por primera vez un interés real de los gobernantes por detentar información acerca de la población que les concierne. En algunos casos, el censo tuvo su origen en regular el derecho a voto, destacándose el caso del Valle de Arán en el que, entre los años 1.613 y 1.835, se elegían a sus consejeros. Posiblemente sea este el más antiguo antecedente no solo de la existencia de censos electorales sino de procesos electorales propiamente dichos, observándose un extremado celo a la hora de garantizar la privacidad de los datos personales de los electores. Salvo esta excepción, todos los censos anteriores al verificado en París en 1.817, no eran tales censos, sino cómputos censales. En este censo fue donde se hizo nominalmente la inscripción de los habitantes y se refirió a la población de hecho, distinguiendo en ella los residentes de los transeúntes. En España, a través del censo de 1.857, es cuando por primera vez la inscripción fue nominal, por lo que ya podemos hablar de tratamiento de datos personales propiamente dichos.

Ya en el año 1.890 se trataban los datos de una manera automatizada. Fue en Estados Unidos donde se instauró la ficha individual agujereada para la clasificación por máquina, como accesorio de la máquina eléctrica de clasificación de Herman Hollerith². Según lo dicho, queda claramente desfasada la denominación de nuevas tecnologías en lo referente a esta rama de actividad.

Segunda fase: No es hasta épocas relativamente recientes en las que podemos hablar de regulación sobre la protección de los datos personales como una protección del titular de dichos datos, ya sea frente a la Administración o frente a terceros. El punto de arranque se encuentra con el reconocimiento del derecho a

²Enciclopedia Universal Ilustrada, Edit. Espasa Calpe, edic. 1967. Tomo XII, pág. 1.053.

la intimidad. La primera referencia data del año 1.888 de la mano de Thomas Cooley, a través de su teoría conocida con el nombre de “*The Right to be let alone*”, como el derecho de toda persona a que no se produzcan injerencias en su esfera personal sin su consentimiento³, ó con Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en su artículo “*The right to Privacy*” publicado en la Harvard Law Review⁴. Su regulación legal tiene reflejo por primera vez con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ donde se reconoce el derecho a no sufrir injerencias no deseadas por ninguna otra persona (art. 2)⁶, lo que originará el desarrollo tanto doctrinal como legislativo del derecho a la intimidad personal⁷. Y mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York, de 19 de diciembre de 1.966.⁸, se establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias ó ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ó su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. En Europa, cabe citar el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁹, en cuyo artículo 8º se reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El Convenio 108 para la Protección de Datos Personales¹⁰ supuso un antes y un después en lo relativo a la protección de datos personales al ser la primera norma vinculante supranacional que regula esta materia¹¹, contemplándose de forma diferenciada respecto al derecho a la intimidad. El

³ETZIONE, A. *The limits of privacy*. Basic Books, New York, 1999, pág. 190.

⁴Harvard Law Review, Vol IV, 15 de diciembre de 1890, núm. 5.

⁵Adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948 (DUDH).

⁶DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. *Protección de datos. Cuestiones constitucionales y administrativas* Edit. Civitas. Madrid, 2007, pág. 81.

⁷En concreto, el artículo 12 de la declaración de los derechos humanos textualmente establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques” y en el art. 19, “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

⁸Firmado por España el 23 de septiembre de 1976, siendo publicado el Instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 30 de abril de 1977.

⁹Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) firmado en Roma el 4 de noviembre de 1.950 del Consejo de Europa

¹⁰Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

¹¹PUENTE ESCOBAR, A. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica Breve Descripción de la evolución histórica y del marco normativo internacional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia 2006, pág. 55. Sin embargo, no es la primera declaración del Consejo de Europa. Hay otras resoluciones como la Resolución (68) 509 de la Asamblea del Consejo de Europa de 1968, la Resolución (73), de 26 de septiembre de 1973 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado y la Resolución (74) 29, de 20 de septiembre de 1974 respecto de la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector público. En SUBIZA PÉREZ, Ignacio y otros, *La protección de datos y sus mundos*. Edit. DAPP, pág. 29

Tratado de Maastrich¹², reconoce la protección de los derechos fundamentales en el entorno de la Unión Europea (art. 8.2) y, en virtud del artículo 8º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³, se determina que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan, regulándose de forma independiente y autónoma en relación con el reconocimiento del derecho al respeto a la vida privada y familiar así como respecto al propio derecho a la intimidad. La Directiva 95/46/CE¹⁴ supuso el documento legal más importante promovido por la UE en materia de regulación y protección de datos personales¹⁵, surgiendo como consecuencia de las directrices sentadas por el Convenio 108 y traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la ley 15/1999 (LOPD). Por último, la Constitución Europea¹⁶, aunque no vigente, viene a plasmar el art. 8ª de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a través del art. I.68¹⁷. En su art. I 51¹⁸ se dimensiona este derecho a la categoría no solo derecho fundamental en sí mismo, sino que lo proyecta de forma vinculante para cada estado miembro de la Unión Europea.

No fue hasta los años setenta cuando diferentes países europeos empezaron a legislar de forma específica sobre la protección de los datos personales. Cabe destacar las leyes promulgadas por países como la República Federal Alemana¹⁹, Suecia²⁰, Francia²¹, Dinamarca²², Noruega²³, Austria²⁴, y Luxemburgo²⁵. Estados

¹²El Tratado de la Unión Europea (TUE) fue firmado en la ciudad de Maastrich el 7 febrero 1992, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993.

¹³La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante La Carta, (2000/C 364/01), fue proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000.

¹⁴Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995, Diario Oficial CE nº L 281 de 23/11/1995 págs. 0031 – 0050.

¹⁵GUICHOT, Emilio. *Datos personales y administraciones públicas*. Edit. Civitas. Madrid, 2005, págs. 40-42.

¹⁶Firmada en Roma el 3 de octubre de 2004.

¹⁷ART. II-68. Constitución Europea. Protección de datos de carácter personal. “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

¹⁸ART. I-51. Constitución Europea. Protección de datos de carácter personal. “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. La ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.”

¹⁹Ley del Land de Hesse, *Datenschutzgesetz GVB 11S.625*, promulgada el 7 de octubre de 1970, fue la primera Ley de un Estado en materia de protección de datos del mundo produciendo una gran influencia en el contexto internacional.

²⁰Datalagen de Suecia, *Datalag, SFS 1973*, aprobada el 11 de mayo de 1973. Fue el primer texto legal completo que protegía el derecho a la intimidad frente a la actuación de las entidades financieras.

²¹Ley nº 78/ 17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades. (Loi 78-17 du 6 du Janvier 1978, relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés). Francia.

Unidos promulgó la conocida como *Privacy Act*²⁶. Esta Ley fue promulgada como consecuencia del escándalo *watergate*, tomando tanto la sociedad como la clase política conciencia del potencial de las tecnologías y su poder de inmiscuirse en la vida privada de las personas²⁷, pero como consecuencia del atentado acaecido en la ciudad de Nueva York en el mes de septiembre de 2001, en este país se dio un paso atrás en el respeto a la protección de los datos personales a favor del concepto de seguridad nacional.

2.- La protección de los datos personales en España.

En España, aunque el origen “formal” de la regulación legal de la protección de los datos personales se encuentra en la Constitución de 1.978 a través de su artículo 18. 4²⁸, constituciones anteriores ya contemplaban el derecho a la intimidad aunque fuera de forma indirecta. La Constitución de 1.812, en su artículo 306 regula que “no podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determine la Ley y para el buen orden y seguridad del Estado”. El igual sentido se decantan muchas otras constituciones como la de 1.837²⁹, 1.845³⁰, 1.869³¹, 1.876³², 1.931³³, y el Fuero de los Españoles³⁴.

²²Ley Danesa de Registros Privados, nº 293, de 8 de junio de 1978.

²³Ley Noruega de Registros Personales, nº 47, de 8 de junio de 1978

²⁴Ley Federal de protección de datos de 1978 BGBl N° 565/1978,

²⁵Ley sobre el Uso de los datos nominales en el tratamiento por ordenador, 31 de marzo de 1979.

²⁶The Privacy Act of 1974, 5 U.S.C., 552a, Public Law No. 93-579, (Dec. 31, 1974)

²⁷Véase WESTIN A.F. “Computers and protection of Pryvacy” en TECHNOLOGICAL REVIEW. Vol 71, 1969, págs. 32 y ss., y TÉLLEZ AGUILERA, A *La protección de los datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, 2002, EDISOFER, Madrid 2001, pág. 22-23.

²⁸ Art. 18.4 CE “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

²⁹ Constitución de la Monarquía española de 1837, (18 de junio de 1837), Art. 7.- “No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”.

³⁰ Art. 7, Constitución de la Monarquía española de 1845, (23 de mayo de 1845),.- “No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”.

³¹ Art. 5, Constitución de la Monarquía española de 1869. (1 de junio de 1869),.- “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por Juez competente y ejecutarse de día. El registro de estos papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia; y en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, precederá requerimiento al dueño de éste”.

³² Art. 6, Constitución de la Monarquía española de 1876, (30 de junio de 1876),.- “Nadie podrá entrar en el domicilio de ningún español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.”

La jurisprudencia ya empezó a tratar el derecho de la personalidad y el honor a principios del siglo XX, pudiéndose destacar la sentencia de fecha 6 de diciembre de 1912 refiriéndose a los derechos denominados “bienes esenciales”, como los bienes sociales e individuales de la personalidad que afectan a la intimidad, y por tanto a la vida privada y al honor³⁵.

En cuanto al desarrollo normativo, cabe citar 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, siendo la primera ley que hace algún tipo de alusión al art. 18. 4 de la CE, concretamente mediante su Disposición Transitoria Primera³⁶. Hay que esperar diez años para que se promulgase una ley que verdaderamente desarrollase el citado art. 18.4 CE³⁷, la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD). Aunque la promulgación de esta Ley supuso un avance fundamental en nuestro país sobre la regulación de protección de datos personales, no llegó a desarrollar plenamente este derecho. Realmente, el objeto de la LORTAD no es más que una transcripción del art 18.4 CE, metiendo con “calzador” el concepto de protección de los datos personales. Todavía no se supera la aludida consideración del derecho a la protección de datos como un derecho invocable al margen de conceptos no sólo de intimidad, sino también del de privacidad³⁸. La Ley 5/92 fue derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (LOPD). Hoy en día

³³ Art. 3, 1 Constitución de la República española de 1931, (9 de diciembre de 1931).- “Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria. El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca. Una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español. El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo”.

³⁴ Art. 15, Fuero de los Españoles de 1945, (17 de Julio de 1945),.- “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en la forma que establezcan las Leyes”.

³⁵ GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*. Edit. Civitas. Madrid 1985, pág. 355.

³⁶ Disposición Transitoria Primera. Ley 1/ 1982.- “En tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18 , apartado 4, de la Constitución, la Protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso d la informática se regulará por la presente Ley ”

³⁷ SUBIZA PÉREZ, I. Obra citada, pág. 52.

³⁸ Exposición de Motivos 1. Párrafo segundo, LORTAD. ” El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida”. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

constituye el marco de referencia sobre protección de datos en España³⁹. En un principio se intentó adaptar la Ley 5/92 (LORTAD) a la Directiva 95/46, pero durante su tramitación parlamentaria, debido a los profundos y numerosos cambios a los que se estaba sometiendo a la Ley vigente en aquel entonces, se decidió tramitar como Ley independiente. En la Ley 15/ 99 ya no se hace referencia al apartado 4º del art. 18 CE. Este hecho supone que la LOPD va más allá del citado precepto constitucional, dejando expedito el camino hacia la consideración de la protección de datos personales como un derecho independiente al margen de la consideración relativa al honor ó a la intimidad⁴⁰. De igual manera, se desvincula la protección de datos personales del uso de la informática⁴¹, abarcando un nuevo espacio como el tratamiento de datos en soportes de papel, superando el confuso precepto contenido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/92 (LORTAD)⁴².

Pero resultaba necesario solventar algunas deficiencias que presenta la LOPD, como la delimitación de las fuentes accesibles al público, (debiendo concretarse cuáles son) o como definir de manera indistinta términos tales como fichero y tratamiento de datos. Por estos y otros motivos se promulgó el Real Decreto 1720/2007 (el Reglamento). A lo largo del texto de la LOPD son numerosas las referencias que se hacen en cuanto a la necesidad de desarrollar reglamentariamente ciertos apartados, resultando evidente que se precisaba la promulgación de un Reglamento que desarrollase la LOPD y aclarase las dudas que tan sólo con el transcurso del tiempo y la aplicación de la norma fueron surgiendo.

De tal manera ha evolucionado la concienciación acerca de la protección de datos que en la actualidad tiene la consideración de derecho fundamental independiente. Esto ha sido así gracias a la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000⁴³, estableciéndose el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental independiente al honor e intimidad. Es decir, resulta irrelevante si el dato es íntimo o afecta al honor a la de hora de tener la consideración de Dº Fundamental.

³⁹PIÑAR MAÑAS, J.L. “Consideraciones introductorias sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter persona”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 35. Febrero 2007, pág. 19.

⁴⁰NAVALPOTRO NAVALPOTRO, Y. *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Edit. Lex Nova, págs. 44-45.

⁴¹SUBIZA PÉREZ, I. Obra citada, pág. 52.

⁴²DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. Obra citada, págs. 330-331.

⁴³STC 290/2000, 30 de Noviembre de 2000, ponente: Julio Diego González Campos

3.- La colisión entre el derecho fundamental a la protección de datos y los ficheros de solvencia patrimonial.

De entre todos los sectores que regula la LOPD, cabe destacar el relativo a los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito y de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, más conocidos con el nombre de ficheros de morosos, recogidos en su art. 29.

Es en este ámbito donde se ha constatado una vulneración sistemática del derecho fundamental a la protección de datos al no respetarse elementos sustanciales recogidos en dicho artículo 29 LOPD, fundamentalmente en lo referido a los requisitos que debe reunir la deuda para poder ser cedida. Se ha comprobado cómo por parte de la jurisprudencia, Tribunal de Defensa de la Competencia y la propia Agencia de Protección de Datos, se protege el actual funcionamiento de este tipo de ficheros en detrimento del respeto de dicho derecho fundamental, al considerarse que son indispensables para la actividad económica y financiera del país.

4.- La tesis sobre “El consumidor y los ficheros de morosos”

Sobre la base de las anteriores consideraciones, la presente tesis tiene como objetivo el estudio del tratamiento de los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, analizándose la legalidad de las prácticas de cesión de datos a la luz del art. 29 de la Ley Orgánica 15/ 1999, (LOPD). Dicho artículo ofrece la posibilidad a un acreedor de facilitar los datos de un deudor a una sociedad que preste servicios de información sobre solvencia patrimonial, sin necesidad de recabar consentimiento alguno, al amparo de sus apartados 2 y 4. A tal fin, se determinará si la cesión de este tipo de datos se lleva a cabo de conformidad con los presupuestos del art. 29 de la LOPD o si, por el contrario se incumple de forma reiterada

Fue precisamente la constatación de situaciones que “a priori” constituían una falta de respeto a un derecho fundamental, de forma explícita y consentida, lo que se consideró como una buena oportunidad para desarrollar un trabajo de investigación. En concreto, resulta llamativo el hecho de que empresas del sector de la telefonía, utilicen los registros de morosos como medio coactivo para el pago de una supuesta deuda. Era y sigue siendo frecuente que este tipo de empresas que habitualmente contratan vía telefónica incumplan con los servicios ofertados y que, ante las extremas dificultades que el consumidor encuentra para cancelar los servicios contratados, decida dejar de atender las facturas ya que no

dispone del servicio que supuestamente ofrece la compañía. En estos casos, el consumidor se ve en la necesidad de pagar estos recibos si no quiere verse incluido en uno de estos ficheros.

Pues bien, es precisamente esta circunstancia la que ha llevado al desarrollo de la tesis, toda vez que datos referidos a la esfera de nuestra intimidad pueden ser tratados de forma “ilegal” y sin ningún tipo de cortapisas por empresa financieras y de telecomunicaciones y, de ser así, con el apoyo de las Instituciones Públicas, dándose prioridad a la necesidad de la existencia de los “ficheros de morosos” para nuestro sistema económico en detrimento del consumidor. Cabe decir que nunca con anterioridad se había tratado con profundidad esta operativa.

El trabajo se estructura en cinco capítulos. El primero de ellos aborda cuestiones generales acerca de los ficheros sobre morosidad, tanto sobre sus antecedentes como de la propia definición de este tipo de ficheros, llevándose a cabo un estudio de las tipologías de ficheros que, en principio, el art. 29 contempla, (solvencia patrimonial y relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias).

En el segundo capítulo se realiza un estudio sobre las personas que intervienen en el tratamiento de los datos personales en el entorno de los ficheros de morosos, haciéndose especial remisión a la figura del acreedor y a “quien actúa por su cuenta o interés”, observándose como la persona que cede los datos a estos ficheros no siempre lo hace con uno u otro carácter. También se analiza la responsabilidad del acreedor desde la perspectiva de la diferente forma en que los tribunales la han apreciado desde la promulgación de la primera Ley sobre protección de datos personales, diferenciando la figura del responsable del fichero con la del responsable del tratamiento y la del encargado del tratamiento.

En este apartado no podía dejar de contemplarse al consumidor, el gran protagonista y perjudicado cuando sus datos han sido incorporados a estos ficheros de forma inadecuada. Se advierte también como el consumidor es el que engloba de forma mayoritaria los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, observándose una posición muy desfavorecida respecto al acreedor.

En el tercer capítulo se estudian los elementos objetivos que deben respetarse en el tratamiento de los datos sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias para que estos sean correctos. Así, se especifican las diferentes comunicaciones que deben llevarse a cabo en el ámbito del art. 29, la antigüedad máxima de la deuda que puede permanecer en estos ficheros, poniéndola además en comparación con el fichero dependiente del Banco de España, el CIRBE.

La espina dorsal de la tesis viene determinada por el incumplimiento reiterado por parte de acreedores, responsables del fichero de morosidad y de las propias

autoridades públicas, de dos elementos expresamente contemplados tanto en la LOPD como en el Reglamento. Nos referimos a la veracidad y certeza de la deuda, llegándose a demostrar cómo son sistemáticamente incumplidos. La definición de deuda cierta no se haya comprendida en texto normativo alguno, siendo una de las líneas de trabajo el determinar cómo se establece el concepto de deuda cierta en otra normativa, jurisprudencia y doctrina para posteriormente ser aplicada en relación con los ficheros de morosidad. A tal efecto, se comparan con otras disposiciones legales que nos permiten saber cuándo estamos en presencia de una deuda cierta o veraz. Cabe destacar la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que se requiere en todo caso una intervención judicial para poder determinar una deuda como “cierta”. Sin embargo, es un hecho patente y no discutido cómo las deudas son incluidas en ficheros de morosidad por la sola decisión unilateral de una de las partes contratantes, el acreedor. El deudor tiene que luchar ante esta desviación de la determinación de la certeza de la deuda, produciéndose de hecho una inversión de la carga de la prueba así como una presunción de culpabilidad sobre sus datos morosos, en contra de lo establecido no solamente en la LEC sino en la propia Constitución Española⁴⁴. Tras este análisis se llega a la conclusión de que una deuda tan solo podrá tener la condición de cierta o veraz cuando así ha sido determinada mediante sentencia judicial con el carácter de firme, mediante laudo o reconocida fehacientemente por el deudor.

En el capítulo cuarto se repasa el motivo por el cual, a pesar de que se esté operando de una forma ilegal en este tipo de ficheros, por parte de las autoridades públicas no se lleva a cabo ninguna medida al respecto, sino todo lo contrario, favoreciendo su implantación al surgir tanto leyes como jurisprudencia con un claro enfoque favorecedor hacia el acreedor. Cabe destacar el análisis que se hace de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2010⁴⁵ en virtud de la cual se dejan sin contenido artículos del Reglamento de desarrollo de la LOPD beneficiando a la parte empresarial y en lógico detrimento del titular de los datos y consumidor.

Con independencia de que los retrasos en la administración judicial no justifican en ningún caso que se ignoren derechos fundamentales del consumidor, en este capítulo se llega a demostrar cómo, con los plazos judiciales que se dan en nuestros tribunales, no sería ni mucho menos descabellado esperar a que se dictara una sentencia firme para comunicar uno de estos datos. Este

⁴⁴Art. 24. 2 CE. “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

⁴⁵Sentencia citada.

razonamiento cobra más peso, si cabe, si se contempla la propia LEC, la cual establece unos plazos precisos para las diferentes actuaciones judiciales, los cuales no son mucho mayores a los que tarda un acreedor en comunicar la deuda, por lo que cabe concluir que en ningún caso el mal funcionamiento de nuestra administración de justicia sea justificación alguna para vulnerar el derecho fundamental del consumidor a la protección de sus datos personales.

En el quinto y último capítulo se aborda el concepto dato personal propiamente dicho, ofreciendo una descripción de su naturaleza jurídica para llegar al resultado de que es un bien con contenido patrimonial que pertenece en exclusiva al titular que van referidos, con las consecuencias inherentes que conlleva, como la restricción y protección de su uso.

Finalmente, se acompañan unas conclusiones cuyas principales líneas ya han sido apuntadas en la presente introducción, pudiéndose resumir como en la actualidad se está incumpliendo de forma sistemática el tratamiento de los datos personales en el entorno de los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, tanto por parte del acreedor, como por el responsable del fichero, todo ello con el beneplácito de la propia Agencia Española de Protección de Datos (AGPD). No hubiera sido posible llegar a tal consideración sin tener en cuenta la propia consideración del dato personal. Para entender las obligaciones de las empresas, profesionales y, en general, de quienes traten datos de carácter personal, tenemos que partir del derecho que todos los ciudadanos tenemos a que nuestros datos personales sean tratados leal y legalmente. Los ciudadanos son los titulares de sus propios datos y como tales, tienen derecho a ejercer un control y un poder de decisión sobre cuándo, dónde, cómo y por quién son tratados (lo que entre los estudiosos de la materia se ha venido a llamar el derecho o principio a la autodeterminación informativa, o el derecho a la protección de datos).

En cuanto a la metodología, se ha utilizado el método teórico de análisis y síntesis (legal y jurisprudencial), procediéndose al análisis del art. 29 de la LOPD descomponiéndolo elemento a elemento y profundizando en cada una de las partes desglosadas para, posteriormente, enlazar las diferentes conclusiones parciales a la que se han llegado para alcanzar una sola, lógica y coherente a todos los elementos relacionados. Con tal propósito, se ha seguido un método comparativo de tipo transversal con otras disposiciones legales de diferentes órdenes, como fiscales, mercantiles o procedimentales civiles así como jurisprudencia aplicada al caso, todo ello con el objeto de analizar cómo en otros cuerpos son tratados y considerados elementos de dicho artículo 29 y así establecer un procedimiento de analogía que nos permita establecer conclusiones de acuerdo con nuestro propio ordenamiento jurídico.

A través del método teórico deductivo, se ha partido de consideraciones generales, como la indefensión de la que puede ser objeto una persona en relación con el tratamiento de sus datos personales, para llegar a supuestos concretos en los que la vulneración se lleva a cabo.

Y utilizando el método hipotético deductivo, se ha partido de la hipótesis de que no resulta admisible la arbitrariedad con la que diferentes agentes incluyen a terceras personas en ficheros de solvencia de patrimonial, sin que estas apenas tengan margen de defensa, llegándose al resultado de que dicho proceder no resulta ajustado a Derecho.

Aspecto fundamental para el buen fin del trabajo lo ha constituido el empleo de diferentes fuentes de conocimiento. En primer lugar, se ha acudido a los textos legales, procediéndose a la comparación entre distintas normas para posteriormente acudir tanto a fuentes jurisprudenciales como de carácter doctrinal. Respecto a la doctrina, es de resaltar que, (quizás por lo novedoso de esta regulación), ha sido relativamente frecuente encontrar posiciones dispares sobre la interpretación de la ley. Estas diferencias se centran en aspectos que se pueden calificar como de menor importancia, como el relativo a la forma de notificar o requerir de pago, y a otros que se estiman de gran trascendencia, como es el caso de considerar cuándo una deuda es susceptible de ser cedida a un fichero de morosidad. Igual predicamento cabe hacer respecto a la jurisprudencia y doctrina judicial, observándose diferentes fases en cuanto a su evolución, principalmente sobre la imputación de responsabilidad al acreedor, pudiéndose decir que en la actualidad se sigue un mismo criterio jurisprudencial. Evidentemente, esta unidad de criterio viene favorecida porque un mismo órgano judicial (la Audiencia Nacional) es quien conoce de los recursos contra las sanciones impuestas por la Agencia de Protección de Datos (AGPD). La otra línea de actuaciones judiciales, se circunscribe en el ámbito civil como consecuencia de peticiones de indemnización por titulares de datos personales que fueron incluidos de forma indebida en un fichero de morosos. También aquí, en cuanto a imputación de responsabilidad en estos supuestos, la doctrina judicial se muestra unánime a pesar de que las sentencias son dictadas por Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional.

Por último, se considera necesario hacer una serie de consideraciones terminológicas, relativas a la utilización indistinta de los términos ficheros de solvencia patrimonial y ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias. Aunque el art. 29 de la LOPD parece referirse a estos ficheros con caracteres diferenciadores, se ha llegado a la conclusión de que se tratan de un mismo fichero, motivo por el cual se usan en la forma indicada. De igual manera, también se les denominará en el trabajo como ficheros comunes ó

de morosos, haciéndose la precisión que el término fichero de morosos ó fichero de morosidad no se encuentra ni en la LOPD ni en el Reglamento, pero sí es utilizado frecuentemente ya que es la forma coloquial en la que estos ficheros son más conocidos. Por otro lado, no se equipara morosidad a efectos de la LOPD con el sentido dado en el C.c., en cuyo artículo 1.100 se dispone que “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. Con independencia de que esta circunstancia será posteriormente analizada, se considera que la mora prevista en el C.c. no es elemento bastante para poder incluir los datos relativos a una deuda en fichero de morosidad, independientemente de que puedan originar determinadas responsabilidades o ser generadora de intereses reclamables.

Cabe decir, que con fecha 6 de marzo de 2013, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que recoge una serie de consideraciones que son abordadas en esta tesis. En concreto, se pone de manifiesto el incumplimiento por parte de los responsables de los ficheros de morosidad del principio de finalidad en la utilización de sus bases de datos, como requisito autónomo que debe cumplirse al margen de la consideración de la deuda como cierta o veraz. Consideramos que esta sentencia puede marcar un nuevo camino en la defensa de los consumidores ante la inclusión de sus datos en estos ficheros de forma abusiva.

En definitiva, se viene a demostrar como el art. 29 de la LOPD se incumple de forma habitual, aportando puntos de vista novedosos que ofrecen la posibilidad de plantear esta situación de forma objetiva y fundamentada.

CAPÍTULO 1

EL FICHERO DE MOROSIDAD:

CUESTIONES GENERALES

CAPÍTULO 1

EL FICHERO DE MOROSIDAD:

CUESTIONES GENERALES

1.1.- ANTECEDENTES

En Europa, históricamente, el problema de la morosidad viene de muy atrás, siendo difícil atajarlo porque de una u otra manera se contemplaba con normalidad en la sociedad sin que fuera objeto de repulsa⁴⁶.

Las situaciones de morosidad provocaron el cierre de muchos negocios, deviniendo muy importante tener un control sobre aquellas personas que de forma habitual no pagaban los productos adquiridos y así, durante el siglo XIX, los contables ya utilizaban el " libro de morosos" en donde se anotaban los saldos deudores incobrables, esto es, donde constaban las partidas fallidas. Con estos libros ya se intentaba clasificar de modo independiente a estas personas incumplidoras de sus obligaciones de pago para su posterior consideración⁴⁷.

Por el contrario, no solo existía una importante morosidad, sino que también los consumidores se encontraban ante situaciones de desequilibrio respecto a sus acreedores que propiciaba, en muchas ocasiones, la propia situación de mora. Por este motivo, en el siglo XX se promulgó la ley de 23 de julio de 1908⁴⁸, también conocida como la ley de la Usura o Azcárate, vigente en parte. En esta ley se considera “nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sea su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”⁴⁹.

⁴⁶FAGUNDO HERMOSO, A. “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito”. *Revista de la contratación electrónica*. Nº 79. Febrero, 2007. Editora de publicaciones científicas y profesionales (EDICIP), pág. 70.

⁴⁷Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa Calpe. Tomo 36. Edición 1961, pág. 1.154.

⁴⁸Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo. *Gaceta de Madrid* 206/ 1908.

⁴⁹Art. 1. Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo.

En esta norma se contempla la creación del Registro de Préstamos donde se tomaba razón de todas las sentencias firmes en las que se declarase la nulidad de los contratos de préstamo⁵⁰. El organismo responsable de estos registros fue la Dirección General de los Registros y del Notariado (en virtud del RD de 27 de febrero de 1910). En contra del principio general de publicidad registral, el de los contratos de préstamos tenía un carácter reservado, bajo la responsabilidad del personal destinado en este servicio. Es más, tan solo podían expedirse certificaciones del Registro cuando fueran solicitadas por jueces ó tribunales, o a instancia de parte interesada por lo que la protección de los datos personales sobre morosidad no debe ceñirse a estos tiempos sino que ya hace casi cien años era regulada y puesta en práctica.

Este importante volumen en la cifra de impagos comerciales fue el origen de la creación de los primeros ficheros de morosidad propiamente dichos, aunque su uso no es normalizado sino hasta el desarrollo de las telecomunicaciones y los medios automatizados. En los últimos años han aumentado en número ante el notable incremento del nivel de endeudamiento tanto de empresarios como de consumidores⁵¹. Otro aspecto que ha ido incrementando día a día los impagos vino determinado por lo que se denomina la cultura del aplazamiento de pago. No cabe duda, que en la medida que los pagos se dilatan en el tiempo, aunque así se haya convenido entre las partes, las posibilidades del impago aumentan ya que, en muchos casos, el deudor va perdiendo poco a poco conciencia de su obligación de pago⁵².

En la década de los sesenta, el inicio del uso normalizado de la informática aplicada a los ficheros sobre morosidad provocó la promulgación de diferentes leyes con el objeto de proteger los datos personales y regular de forma efectiva este sector. Cabe citar la ley norteamericana *Fair Credit Reporting Act* de 1970⁵³ y la sueca *Kreditupplys slag* de 1973⁵⁴. En España, y como ya se ha expuesto,

⁵⁰Art. 7. “A los efectos de lo que dispone el art. 5 de esta ley, el Ministerio de Gracia y Justicia, en vista de los antecedentes que deberán remitirle los Tribunales, formará un Registro Central de contratos de préstamos declarados nulos, con expresión en cada caso del prestamista contra quien se dictó la sentencia. La Dirección General de los Registros expedirá las certificaciones que de las inscripciones del Registro Central expresado reclamen los Tribunales, de oficio o a instancia de parte”.

⁵¹MIGUEL SAN AGUSTÍN, M.C. “La problemática del tratamiento de datos de carácter personal ficheros de solvencia patrimonial y crédito”. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, Nº. 32, 2008, pág. 1.

⁵²En *Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales*. Observatorio PYME – Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Dirección General de la Política de la mediana y pequeña empresa, Catalogo Oficial de Publicaciones, división de información, documentación y publicaciones, centro de publicaciones, Madrid 2010, pág. 5

⁵³*An Act to amend the Federal Deposit Insurance Act to require insured banks to maintain certain records, to require that certain transactions in United States currency be reported to the Department of the Treasury, and for other purposes*, de 26 de Octubre de 1970.

⁵⁴En PASCUAL HUERTA, P. *Protección de datos. Comentarios al reglamento*. Edit. Lex Nova. Valladolid 2008, pág. 333.

tenemos que esperar hasta el año 1992 para ver publicada la primera norma sobre protección de datos personales que contempla de manera específica estos ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito⁵⁵, aunque no sería justo decir que esta es la primera disposición legal que regula un fichero de morosidad en nuestro país.

El Decreto Ley 18/ 1962⁵⁶ contempló la creación de la Central de Información de Riesgos por parte del Banco de España. En su artículo 16 se obligaba a todos los Bancos privados y entidades de crédito a remitir al Banco de España todos los datos sobre concesión de créditos que llevasen a cabo, con el objeto de que se elaborase una estadística general del desarrollo del crédito, notificando a la banca privada aquellos datos que pudieran representar un riesgo excepcional que excediera de los límites prudenciales de la política de crédito. También se prevé en esta disposición que en casos excepcionales, los Bancos podrán solicitar a la Central de Información de Riesgos los antecedentes e informes que consideren necesarios para su normal desarrollo, quedando obligados al secreto bancario.

En España, los primeros y más relevantes ficheros privados de morosidad fueron los conocidos como el RAI y ASNEF. El RAI, (Registro de aceptaciones impagadas), surgió en los años sesenta con el objeto de tener un control sobre los efectos descontados y no pagados y poder estudiar el descuento de remesas de letras y pagarés con una mayor dosis de seguridad⁵⁷. La entidad que lo puso en marcha fue el Centro de Cooperación Interbancaria. En el año 1962 empieza a operar el fichero ASNEF, integrado en la actualidad por entidades de crédito, bancos y cajas ahorro, entidades gestoras de tarjeta de crédito y operadoras de telefonía móvil. Este fichero fue creado por la Asociación Nacional de Entidades Financieras.

En fases posteriores del trabajo, se harán nuevas referencia a estos ficheros desde el punto de vista de su justificación y finalidad.

1.2.- LEGITIMIDAD DE LA EXISTENCIA DE LOS FICHEROS

Según ÉCIJA⁵⁸, los ficheros de los prestadores de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito persiguen un interés legítimo, por lo que el legislador español, haciendo uso de la habilitación del art. 7. f) de la Directiva 95/ 46/ CE, permite el tratamiento de datos con esa finalidad, aunque en ningún caso recoge la cesión de datos a una EISP (Empresa de Información sobre

⁵⁵Art. 28. LORTAD. (Vigente hasta el 14 de enero de 2000).

⁵⁶Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio de Nacionalización y Reorganización del Banco de España.

⁵⁷SOLER PUEBLA, J. "Los ficheros de solvencia profesional". *Economist & Jurist*. Año X, núm. 55 (2001), pág. 42.

⁵⁸ÉCIJA BERNAL, A. *Factbook Protección de Datos Personales*, Edit. Aranzadi. 2003, pág. 535.

Solvencia Patrimonial) y es más, tampoco contempla supuesto alguno referido a las mismas.

La UE ha llegado a manifestar que “es la existencia de este interés legítimo de preservación y estabilidad del sistema financiero la que legitima la comunicación a terceros de estas informaciones, si bien la comunicación, con graves consecuencias adversas para el interesado, debe realizarse cumpliendo los principios de la Directiva y someterse a determinadas garantías que salvaguarden también los legítimos derechos de los afectados ⁵⁹”.

El art. 29 LOPD no solo legitima la existencia de estos ficheros, sino que incluso regula su funcionamiento, en especial en lo relativo a los requisitos que deben observarse de cara a la cesión de datos deudores a sus bases de datos, disponiendo que “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. Cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos. 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”. Este artículo no tiene equivalente en la Directiva 95/46. No obstante, el legislador español se valió del art. 7.f)⁶⁰ del texto comunitario para su desarrollo, el cual permite a los Estados el tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado, como sucede en el supuesto del artículo 29 LOPD.

⁵⁹ Art. 29 Grupo de trabajo sobre protección de datos. 11118/02/ES/Final WP 65 Documento de trabajo sobre las listas negras. Adoptado el 3 de octubre de 2002.

⁶⁰ Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento, de datos personales y a la libre circulación de estos datos *Artículo 7*. Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.

1.3.- DEFINICIÓN DEL FICHERO DE SOLVENCIA PATRIMONIAL

A pesar de la regulación existente sobre este tipo de ficheros, no se ha encontrado disposición alguna que contenga una definición sobre el concepto de ficheros de solvencia patrimonial, de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias ó de ficheros de morosidad. Primero el artículo 28 de la LORTAD y después el 29 de la LOPD, así como su Reglamento de desarrollo, regulan el funcionamiento de dichos ficheros pero, como se decía, ninguna definición se nos da al respecto. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua nos define solvencia patrimonial como carencia de deuda o capacidad de satisfacerla, y crédito como situación económica o condición moral que faculta a una persona o entidad para obtener de otros crédito o mercancías. No esclarecen estas definiciones el concepto de fichero de solvencia patrimonial por lo que habrá que acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia para obtener una descripción del mismo, atendiendo siempre a su finalidad, pudiéndose destacar varias posturas. En opinión de ALBURQUERQUE DOUETTES⁶¹ los ficheros de solvencia patrimonial son aquellos cuya finalidad es su utilización por las empresas para que sirva de fundamento para sus servicios, basándose en el riesgo de hacerlo a través del análisis de historia de solvencia económica de los interesados.

Otros autores enfocan la finalidad de los ficheros de solvencia patrimonial no tanto como un instrumento de funcionamiento sino desde el punto de vista de protección de los intereses de las entidades prestamistas. En este sentido, cabe destacar a PALOMAR OLMEDA⁶², quien estima que la finalidad de estos ficheros es permitir a las entidades financieras, por un lado, conocer la solvencia de sus clientes y quiénes de estos clientes o potenciales clientes han incurrido en morosidad y por qué cuantía y, por otro lado, proporciona igual conocimiento a las empresas, sobre todo a las pequeñas y medianas, a las que una situación de incumplimiento de sus clientes pudiera arrastrar a situaciones irreparables. PLANA ARNALDOS⁶³ opina que la finalidad de estos ficheros es la de dotar de seguridad y agilidad comercial al tráfico mercantil, dando a conocer datos relativos a la solvencia patrimonial y el grado de cumplimiento o incumplimiento

⁶¹ALBURQUERQUE DOUETTES ARAÚJO, L. (2007). “Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito: Breves comentarios a su régimen jurídico”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, X, Nº 25, 2007, pág. 187.

⁶²PALOMAR OLMEDA, A *Los ficheros de saldo 0 y principio de la veracidad actual de los datos*. ARANZADI 2001, pág. 21.

⁶³PLANA ARNALDOS, M.C. *Comentario al reglamento de desarrollo en la ley orgánica 15/ 999, de 12 de diciembre, de protección de datos de carácter personal* (aprobado por RD 1720/ 2007 de 21 de diciembre). Edit. Aranzadi, S.A., Pamplona 2008, pág. 368.

de las obligaciones dinerarias de los sujetos incluidos. Para CAROLINA MESA⁶⁴ estos ficheros tiene como finalidad valorar el riesgo y reducir el coste de morosidad. APARICIO SALOM⁶⁵ define estos ficheros como aquellos tratamientos que tienen por finalidad facilitar información relativa a la situación patrimonial y crediticia de las personas para facilitar la toma de decisiones respecto a la concesión de uno de los créditos que se solicitan por el interesado.

Desde esta perspectiva se fundamentó la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de marzo del 2000⁶⁶, en la que se determina que la finalidad de estos ficheros de solvencia es, básicamente, permitir a otras entidades de crédito conocer la existencia de créditos o deudas financieras impagadas y que puedan constituir potencialmente una situación de riesgo.

1.4.- TIPOS DE FICHEROS REGULADOS EN EL ART. 29 LOPD

El artículo 29 de la LOPD dispone que “la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito puede ser prestada por quienes se dediquen a la prestación de estos servicios y por los que traten 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”.

Según la redacción dada, parece evidente que nos encontramos ante dos tipos diferentes de ficheros. Por un lado los que se refieren a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y por otro los que tratan datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Así lo entiende la mayoría de la doctrina como FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶⁷ ó MESA MARRERO⁶⁸. Por un lado unos de forma positiva, referentes a la capacidad crediticia del titular de los datos y, por otro, los ficheros negativos que obedecen a deudas que se hayan podido contraer, conocidos con el nombre de ficheros de morosos. En muy similar postura se incardinan ALBURQUERQUE DOUTTES⁶⁹ y HEREDERO IGLESIAS⁷⁰. Estos autores entienden que un grupo se refiere a

⁶⁴MESA MARRERO, C. “La regulación reglamentaria de los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito”. *Actualidad Civil*. Nº 19 de Noviembre de 2008, pág. 2058.

⁶⁵APARICIO SALOM, J. *Estudio sobre la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Edit. Aranzadi, pág. 169.

⁶⁶SAN de 3 de Marzo de 2000, ponente: José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, número de recurso: 596/1997.

⁶⁷FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “A propósito de la sentencia de 23 de noviembre de 2011/06 TJ y nueva LDC”. *Comunicaciones de Propiedad Industrial IDEI*. REVISTA Nº 47 2007, pág. 85.

⁶⁸MESA MARRERO, C. Obra citada, pág. 2.059.

⁶⁹ALBURQUERQUE DOUTTES, L Obra citada, pág. 186.

⁷⁰HEREDERO HIGUERAS, M. *La protección de datos de salud informatizados en la ley orgánica cinco 1992*. Edit. Derecho y Salud 1994, pág. 301.

los ficheros de morosos (cuyos datos son aportados por parte del acreedor o quien actúa por su cuenta o interés) y otro grupo responde a los ficheros sobre información comercial, de solvencia patrimonial, con datos facilitados por los propios interesados o los titulares de los datos para que le sea concedido, por ejemplo, un crédito, mediante un sistema de scoring u otros análogos. DAVARA RODRÍGUEZ⁷¹ distingue igualmente entre los ficheros de información sobre solvencia patrimonial que hacen referencia a unas posibilidades financieras y los ficheros que tienen como finalidad incluir datos relativos al cumplimiento o no de obligaciones dinerarias. APARICIO SALOM⁷² se suma a esta corriente doctrinal distinguiendo, una vez más, unos ficheros positivos que hacen referencia a la solvencia patrimonial de otros que pueden denominarse negativos, sobre el cumplimiento e incumplimiento de obligaciones, los ficheros de morosos. PALOMAR OLMEDA⁷³ también mantiene dicha distinción.

Otro grupo de autores diferencian los tipos de ficheros desde el punto de vista del origen de los datos que forman cada fichero. CASADO OLIVA⁷⁴ diferencia los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, de carácter positivo, con origen en los datos obtenidos de fuentes accesibles al público, del propio afectado o consentidos por él, y por otro lado, ficheros con datos relativos al cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, siendo esto datos facilitados por el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés. PLANA ARNALDOS⁷⁵, también distingue estos dos tipos de ficheros, los positivos y los negativos, pero contemplados desde el punto de vista de la fuente de información que nutre de datos a cada uno de ellos. Así lo entiende igualmente PARRA LUCÁN⁷⁶.

Un tercer grupo de autores estiman que no existe tal diferenciación, pudiendo distinguirse solamente diferentes formas de obtener datos personales. Cabe citar a ALONSO MARTÍNEZ⁷⁷ el cual llega a decir que el artículo 29 de la LOPD no establece una tipología de ficheros sino que regula los derechos y obligaciones de los sujetos activos que desarrollan la actividad prevista por la norma. Por su parte, FREIXAS GUTIÉRREZ⁷⁸, opina que estamos ante ficheros en los que

⁷¹DAVARA RODRÍGUEZ, M. Á, en VIZCAÍNO CALDERÓN, M. *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Edit. Civitas, 2001, pág. 302.

⁷²APARICIO SALOM, J. Obra citada, pág. 174.

⁷³PALOMAR OLMEDA, .A. “Los derechos personales en el ámbito de la protección de datos”. *Revista española de protección de datos*. Núm. 2. Junio 2007. Edit. Aranzadi, pág. 19.

⁷⁴CASADO OLIVA, O. Régimen especial para la actividad de solvencia patrimonial y crédito”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Edit. Thomson Aranzadi, 2.004, pág. 189.

⁷⁵PLANA ARNALDOS, M.C. Obra citada, pág. 372.

⁷⁶PARRA LUCÁN, M.A. *Registros de morosos: derecho civil y nulidad parcial del reglamento de desarrollo de la LOPD*. Thomson Aranzadi 2011, pág. 4.

⁷⁷ALONSO MARTÍNEZ, C. “Prestación de Servicios sobre Solvencia Patrimonial y Crédito” *Actualidad Informática Aranzadi*. Enero de 1996.

⁷⁸FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La Protección de datos de carácter personal en el derecho español*. Edit. Bosch, BARCELONA, 2001, págs. 269 y 279.

pueden convivir datos que acrediten una situación económica real y favorable de los afectados y otros que indiquen una situación económica negativa facilitada por los perjudicados de esta situación, los acreedores. PASCUAL HUERTA⁷⁹ señala como en Europa funcionan los *Credit Bureau*, los cuales ofrecen un informe completo sobre el crédito teniendo en cuenta parámetros tanto positivos como negativos, siendo esta información mucho más precisa y justa, ofreciendo un sistema de crédito más eficiente. Según dice el autor, el apartado segundo del artículo 29 LOPD también debe aplicarse a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, terminando por afirmar que los términos solvencia patrimonial y crédito vienen a ser sinónimos.⁸⁰ ALBURQUERQUE DOUETTES⁸¹, aunque entiende que existen distintos tipos de ficheros, va más allá al afirmar que esta diferenciación no tiene ni aspectos prácticos ni relevantes, ya que del espíritu de la Ley se deduce que objeto y objetivo serían uno solo.

En definitiva, se observan tres corrientes doctrinales sobre la tipología de ficheros contenidas en el artículo 29 LOPD. En primer lugar la que defiende que existen dos tipos de ficheros según recojan datos económicos de carácter positivo ó negativo, de prestación de servicios de información patrimonial y relativos al cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias (FERNÁNDEZ LÓPEZ, MESA MARRERO, ALBURQUERQUE DOUETTES, HEREDERO IGLESIAS, DAVARA RODRÍGUEZ, APARICIO SALOM y PALOMAR OLMEDA). En segundo lugar, hay autores como CASADO OLIVA, PLANA ARNALDOS ó PARRA LUCÁN que opinan que existen dos tipos de ficheros según sea el origen de los datos que lo conforman, por un lado provenientes de fuentes accesibles al público, por el afectado o con su consentimiento y por otro, facilitados por el acreedor o quien actúe por su cuenta ó interés. Y por último, el tercer grupo lo constituyen aquellos que opinan que no estamos en presencia de dos tipos de ficheros, sino de uno sólo (ALONSO MARTÍNEZ, FREIXAS GUTIÉRREZ y PASCUAL HUERTA).

En nuestra opinión, no tiene sentido práctico hablar de dos tipos de ficheros, ya que en nuestro país tan solo existen los ficheros de morosos y no como en el resto del mundo y especialmente en Europa, donde sí existen otros tipos de ficheros que son creados con la única finalidad de enjuiciar la capacidad económica de una determinada persona, los *Credit Bureau* y otros que combinan aspectos positivos con negativos, los ficheros *White and Black*⁸². En España, tan sólo se lleva a cabo una evaluación positiva de una persona para casos concretos y específicos, siendo el propio interesado el que cede sus datos para que se lleve

⁷⁹PASCUAL HUERTA. P. Obra citada, pág. 367.

⁸⁰PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 334.

⁸¹ALBURQUERQUE DOUETTES ARAUJO, L, Obra citada, pág. 186.

⁸²En PASCUAL HUERTA. P. Obra citada, pág. 366.

a cabo una valoración de su capacidad económica a través del sistema de “scoring”. En nuestra jurisprudencia encontramos referencia a los ficheros positivos en resoluciones como la del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de noviembre de 1999⁸³. En esta ocasión se considera el supuesto de una autorización para la creación de un fichero sobre morosidad que “presentaba la peculiaridad de que la información que se pretendía introducir en el registro supone un paso más, con la adición de lo que se denominan datos positivos. Entre estos datos se incluyen rúbricas tales como el saldo crediticio, los avales, cauciones y garantías y las operaciones de arrendamiento financiero o la disposición temporal de activos, que complementan el historial de impagos con información más amplia, siempre orientada a evaluar la capacidad crediticia, sobre cierto tipo de agentes económicos”. Cabe decir que este fichero tenía previsto incluir datos no solamente positivos sino combinados con otros de carácter negativo.

La LOPD parece referirse a dos tipos de ficheros ya que para un grupo es preciso que se lleve a cabo la notificación de inscripción en los ficheros y en el otro, sin embargo, no se precisa tal requisito⁸⁴. Con la LORTAD, la obligación de notificar contenida en su artículo 28 se refería tanto a los ficheros de solvencia patrimonial como a los de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, pero en la LOPD, si los datos sobre incumplimiento de obligaciones se extraen de fuentes accesibles al público no existe tal necesidad de notificar⁸⁵.

1.5.- LA CONFUSIÓN NORMATIVA CON RESPECTO A LOS TIPOS DE FICHEROS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 29 LOPD.

La Ley y las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos, mezclan y confunden lo que en principio serían dos ficheros diferenciados. El propio artículo 29 de la LOPD tampoco ayuda mucho a diferenciar los ficheros. El enunciado del artículo versa sobre la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. Este título no aporta más que confusión ya

⁸³Resolución del TDC de fecha 3 de noviembre de 1.999 (Expte. A 239/98, Crédito Asnef -Equifax), Fundamento de Derecho 2.

⁸⁴El apartado 2º del art. 29 de la LOPD establece que “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...”. Sin embargo en el apartado 1º del mismo artículo, referido a los ficheros sobre solvencia patrimonial no se hace referencia a notificación alguna.

⁸⁵JIMÉNEZ RIUS, P. “Análisis de la regulación del tratamiento de datos personales realizado por las entidades de crédito en España”. *Revista española de derecho administrativo*. Nº. 110 (abr.- jun. 2001). Edit. Civitas, pág. 236.

que tan sólo se refiere a uno de los dos ficheros que se regulan en el propio artículo. Recordemos que por un lado se habla de ficheros de solvencia patrimonial y crédito y por otro de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Mucho más correcto hubiera sido incluir en el enunciado también a este segundo tipo de ficheros.

La Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, incluye en su título la siguiente expresión: “relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito“. Sin embargo, esta Instrucción se refiere únicamente a los ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones económicas a los que en teoría se les calificaría de forma independiente a los de solvencia patrimonial. Así, en su norma primera se dispone que: “La inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a los que se refiere el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992, deberá efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos:...”

La AGPD, en el informe 273/2005⁸⁶, también usa ambos conceptos con un único sentido. El informe se denomina “requerimiento previo en ficheros de solvencia”, cuando se refiere a ficheros sobre incumplimientos de obligaciones económicas. El objeto del informe es responder a una consulta sobre los requisitos para la inclusión de unos datos en un fichero sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, en los términos exigidos por la norma primera de la Instrucción 1/ 1995 de la AGPD.

Pero estas no son las únicas disposiciones que confunden ambos tipos de ficheros. Así sucede en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo⁸⁷. En su artículo 14 se establece la obligación de evaluar la solvencia del consumidor disponiendo que “el prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos tanto en la Ley Orgánica como en su normativa de desarrollo”. Puede observarse como el artículo contempla dos fuentes de datos diferentes. Por un lado, la “información facilitada por el consumidor” y, por otro lado, se dice textualmente, “podrá

⁸⁶Informe jurídico 273/ 2005, Agencia Española de Protección de Datos, *Requerimiento previo en ficheros de solvencia*, pág. 1.

⁸⁷Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. BOE 25 de Junio de 2011.

consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a los que se refiere el art. 29...”. Resulta evidente como el legislador se equivoca. Si por un lado se menciona a los ficheros de solvencia patrimonial (con la información facilitada por el consumidor), en segundo lugar tan solo cabe referirse a los ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, o de morosos, aunque los llame de forma equivocada de solvencia patrimonial y crédito.

Incluso las propias empresas dedicadas a prestar estos servicios refunden ambos conceptos. El fichero ASNEF tiene por finalidad la prestación de informes sobre solvencia patrimonial y crédito de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones económicas.

La jurisprudencia también confunde estos dos ficheros. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de mayo de 2.000⁸⁸, llega a decir sobre el fichero de morosidad RAI que se trata de un “fichero común de información sobre solvencia patrimonial y crédito”. Ni siquiera es necesario interpretar el sentido de las palabras ya que conceptúa este fichero con los nombres que se dan a los dos ficheros contenidos en el 29 de la LOPD⁸⁹. En otras sentencias, se afirma que el fichero de solvencia patrimonial trata 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, es decir, como si se tratara del mismo fichero⁹⁰.

⁸⁸TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª, 4 de mayo de 2000, recurso 1415/1997, ponente Inés Huerta Garitano. Fundamento Jurídico Tercero.

⁸⁹En este sentido cabe citar otras sentencias como la dictada por la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Junio de 2011, recurso 656/2010, ponente: Veiga Nicole, Elisa, en cuyo fundamento jurídico cuarto se hace referencia a un fichero de solvencia patrimonial cuando debía referirse a un fichero sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias debido a un presunto impago. En igual sentido las sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Junio de 2011, recurso 306/2010, ponente: Veiga Nicole, Elisa, F.J. primero, de 1 de Octubre de 2009, recurso 397/2008, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 1 de Octubre de 2010, recurso 300/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, FJ 2º, de 1 de Diciembre de 2008, recurso 71/2008, FJ 1º, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 11 de Marzo de 2011, recurso 483/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 13 de Mayo de 2011, recurso 329/2010, ponente: Buisán García, María Nieves, de 13 de Mayo de 2011, recurso 46/2010, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 14 de Julio de 2011, recurso 527/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes.

⁹⁰En la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 17 de Febrero de 2011, recurso 177/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, en su fundamento jurídico cuarto de hace constar que “El artículo 29 de la citada Ley, que regula de forma específica la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, distingue dentro de ellos dos supuestos. Uno de los cuales es el relativo a los ficheros de solvencia patrimonial en los que se tratan 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, que se regulan en el apartado 2”. En igual sentido, cabe citar las sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 19 de Mayo de 2011, recurso 27/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes FJ cuarto, de 28 de Abril de 2011, recurso 624/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, FJ cuarto, de 29 de Abril de 2010, recurso 771/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes. FJ cuarto, de 15 de Julio de 2010, recurso 897/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes. FJ cuarto, de 14 de enero de 2009, recurso 564/2007, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ quinto, de 14 de octubre de 2010, recurso 64/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ quinto, de 16 de mayo de 2011, recurso 127/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ quinto, de 16 de septiembre

Consideramos que el hecho de que para un tipo de ficheros la Ley prevea la necesidad de notificar, no quiere decir que ambos ficheros sean distintos desde este punto de vista. El fichero de solvencia patrimonial tendrá la especialidad de que cuando se nutra de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias existirá entre otras obligaciones, la de notificar al interesado la inclusión de sus datos en el fichero en cuestión.

Al fin y al cabo no existe diferencia alguna entre ambos ficheros, porque el segundo tipo de ficheros, que la gran parte de la doctrina considera como ficheros negativos, también incluye el término “cumplimiento” (de obligaciones dinerarias), teniendo este aspecto un claro enfoque positivo y no negativo.

Por otro lado, la notificación prevista para cuando se recaben datos sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones económicas no excluye que también deba practicarse cuando el fichero se trate solamente sobre solvencia patrimonial. En este caso, ninguna norma se incumpliría ya que nada impide notificar al titular de los datos en la inclusión en un fichero, siendo este un aspecto que ha suscitado duras críticas entre la doctrina.

Sobre esta aparente no necesidad de notificar en el supuesto contemplado en el apartado 1º del artículo 29 LOPD y sí en el apartado 2º, numerosos autores han mostrado su desacuerdo como FAGUNDO HERMOSO⁹¹, quien indica que con la antigua Ley, la LORTAD, siempre existía obligación de notificar. Según el autor no se entiende el motivo por el cual no se debe notificar cuando los datos provienen de una fuente accesible al público, privando de esta forma al presunto moroso del ejercicio del derecho de acceso, rectificación y cancelación porque, simplemente, el interesado no sabe que está incluido en el registro, situación que carece de toda lógica, siendo de la opinión que se debe notificar en todo caso, más aún porque tampoco procede el derecho de información en la recogida de los datos que contempla el propio artículo 29⁹².

Esta opinión es compartida por VIZCAÍNO CALDERÓN⁹³ quien no entiende por qué no existe obligación de notificar al interesado sobre la inclusión de sus datos. Apunta el autor que si el interesado, posiblemente, supiera que sus datos

de 2010, recurso 840/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ tercero, de 18 de marzo de 2009, recurso 474/2007, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ cuarto, de 19 de mayo de 2011, recurso 27/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ cuarto, de 21 de julio de 2011, recurso 584/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ cuarto, de 22 de abril de 2009, recurso 54/2008, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ cuarto, de 23 de septiembre de 2010, recurso 426/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, FJ quinto, de 25 de marzo de 2010, recurso 407/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ cuarto, de 28 de abril de 2011, recurso 624/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ quinto, de 3 de marzo de 2011, recurso 57/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, FJ sexto, de 8 de octubre de 2010, recurso 423/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, FJ quinto.

⁹¹FAGUNDO HERMOSO, A. Obra citada, pág. 78.

⁹²FAGUNDO HERMOSO, A. Obra citada, pág. 79.

⁹³VIZCAÍNO CALDERÓN, M, *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Edit. Civitas. 2001, pág. 312.

son incluidos en un fichero de solvencia patrimonial, podría haberse opuesto o pedido que se cancelaran o rectificaran si los datos eran inexactos.

PLANA ARNALDOS⁹⁴, llegan a afirmar que el requisito de la notificación se constituye como el pilar básico de la garantía de los derechos del afectado ya que no solo informa sobre la inclusión en el fichero, sino que garantiza la posibilidad de ejercer los derechos de rectificación y cancelación que la ley reconoce.

Compartimos plenamente esta posición doctrinal desde un doble punto de vista. En primer lugar no existe razón alguna que justifique privar a los titulares de los datos de sus derechos, como el de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición en el tratamiento de los datos previsto en el apartado 1 del apartado 29, ya que afecta de forma directa al principio de calidad de los datos. En segundo lugar, al mantener la postura de que estamos en presencia de un solo fichero y no de dos diferentes, resulta coherente un tratamiento homogéneo al mismo.

Entender que existen dos ficheros porque solo en un caso se prevé la necesidad de notificar, no es ni menos que una hipótesis basada en presunciones, ya que no se nos dice que no existe obligación de notificar en el supuesto contemplado en el artículo 29.1. Por otro lado, la propia LOPD, a través de su artículo 5.4 impone la obligación de informar sobre la inclusión de datos personales en un fichero. Cuando la Ley permite prescindir de un Derecho lo hace de forma expresa, como sucede en el caso de los ficheros sobre tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial, haciéndose constar “que cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten⁹⁵”. Cabe apreciar cómo no se obliga a notificar en el momento de la incorporación de los datos a un fichero sino cuando se remite la oportuna publicidad⁹⁶.

⁹⁴PLANA ARNALDOS, M.C. Obra citada, pág. 393.

⁹⁵Art. 30.2 LOPD.

⁹⁶En este sentido, VIZCAÍNO CALDERÓN, M, Obra citada, pág. 345, apunta que no queda claro quién es la persona obligada a hacer la comunicación si quien recogió los datos de fuentes accesibles al público o la persona o empresa que las adquirió de aquel. Según sentencia de 8 de julio de 1998 se confirma la sanción a una empresa a pesar de no ser ella quien recopiló los datos y no haber sido recogido los datos de forma correcta. La AGPD, en su informe jurídico 59/ 2009, pág. 2, se refiere a la responsable del tratamiento sobre la que recae las obligaciones contenidas en el artículo 5.4 y 30.2 de la LOPD. La responsabilidad de este agente queda confirmada por sentencias como la de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 14 Abr. 2011, recurso 140/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, FJ tercero. APARICIO SALOM, J, afirma que ese deber de informar no es una modalidad del deber de notificación del artículo 5.4 LOPD, sino un derecho más de ser informado, Obra citada, pág. 183-184.

Tampoco tiene por qué entenderse que la obligación de notificar del art. 29.2 se encuentra en contraposición al tratamiento expuesto en el apartado 1º del mismo artículo. Cabe observar como el artículo 29.2 dispone que podrán tratarse también datos de carácter personal, relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias existiendo obligación de notificar en el plazo de treinta días. Sin embargo, el artículo 5.4 LOPD⁹⁷ establece un plazo de tres meses. Es decir, el artículo 29.2 puede referirse a la obligación de notificar porque se establece un plazo inferior al común del previsto en el artículo 5, pero nada más.

Por lo expuesto, cabe afirmar que no solo los apartados 1 y 2 del artículo 29 LOPD engloban a un mismo tipo de fichero sino que en cualquier caso hay que informar sobre la recogida de los datos, con la especialidad de que si se incluyen con la sola finalidad de informar sobre el cumplimiento o no de obligaciones dinerarias, debe notificarse en un plazo de tan solo treinta días y no de tres meses.

En nuestra opinión, entenderlo de otra manera, como así se está haciendo, no solo constituye un acto ilícito, sino que se está llevando a cabo en contra a los intereses y en menoscabo de los derechos de los consumidores.

Por todo lo cual, consideramos que aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia lo contemplen, debería preverse la notificación al interesado en todos los supuestos de tratamiento contenidos en el artículo 29 de la LOPD. Parece que el legislador pretende favorecer a los titulares de estos ficheros y las empresas ante el gasto y el problema que se ocasionaría a la hora de notificar, pero esto no justifica que se ponga en peligro un principio tan fundamental como es el de la calidad de los datos.

A efectos del trabajo, tan sólo interesa centrar el estudio en los tratamientos de datos sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias conocidos como ficheros de morosos ó ficheros comunes, resultando indiferente si reciben el nombre de ficheros sobre solvencia patrimonial o no, por lo que se hará referencia a estos ficheros con cualquiera de estos nombres.

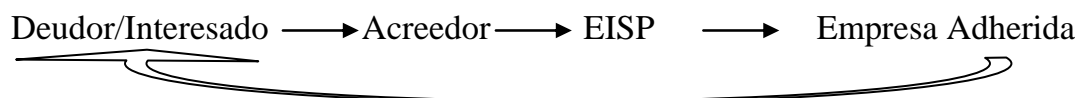
⁹⁷Art. 5.4 LOPD. “Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.”

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS SUBJETIVOS

CAPÍTULO 2.- ELEMENTOS SUBJETIVOS

Según el artículo 29 de la LOPD⁹⁸, el funcionamiento básico de los ficheros de morosidad puede representarse mediante el siguiente esquema:



Siguiendo el gráfico, el interesado presta sus datos a un acreedor, el cual, de producirse un impago, lo puede comunicar a una empresa que se dedique a elaborar informes sobre morosidad, quien facilitará datos a otra empresa que se encuentre adherida con el objeto de obtener información sobre un cliente o potencial cliente.

En este ámbito conviven dos tipos de ficheros. El fichero del acreedor que cede los datos y el de la empresa que emite los informes sobre solvencia patrimonial.

Así se refleja en la doctrina jurisprudencial en sentencias como las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 19 de enero de 2000⁹⁹ y 4 de mayo de 2000¹⁰⁰ ó la de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2007¹⁰¹. Igualmente, en

⁹⁸Artículo 29 LOPD. “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. 1.- Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito 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. 3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos. 4. 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.”

⁹⁹Sentencia del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, de 19 de enero de 2000, recurso 1342/1997, ponente: Huerta Garicano, Inés. FJ tercero.

¹⁰⁰Sentencia del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, de 4 de mayo de 2000, recurso 1415/1997, ponente: Huerta Garicano, Inés. FJ tercero.

¹⁰¹SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 17 de Mayo de 2007, recurso 29/2006, ponente: Buisán García, María Nieves, FJ Tercero. En igual sentido se citan las sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 18 de Abril de 2007, recurso 259/2005, ponente: Buisán García, María Nieves, FJ Tercero, de 30 de Noviembre de 2005, recurso 149/2004, ponente: Buisán García, María Nieves, FJ Tercero, de 24 de febrero de 2011, recurso nº 19/2010, ponente: Buisán García, Nieves, FJ segundo, de 5 de noviembre de 2008, recurso nº 399/2007, ponente: Buisán García, Nieves, FJ tercero, y la de 19 de noviembre de 2003, recurso nº 709/2003, ponente: Ibáñez Solaz, María, FJ tercero.

el informe de la AGPD 273/ 2005¹⁰² se deja bien claro que coexisten estos dos tipos de ficheros, los del acreedor y los del fichero de solvencia patrimonial que contienen situaciones negativas.

La existencia de estos dos ficheros origina un tráfico de información de doble sentido. Por un lado, de las entidades adheridas mediante un acuerdo con el titular del fichero sobre información de solvencia patrimonial y, por otro lado, desde este fichero hacia esas entidades¹⁰³, lo que lleva implícita la existencia de dos fases en el tratamiento de los ficheros de morosos. Una primera consistente en la recogida y tratamiento de los datos y otra, la cesión de información a las entidades asociadas al fichero de información sobre solvencia patrimonial. Así lo entienden autores como VIZCAÍNO¹⁰⁴, PLANA ARNALDO¹⁰⁵ ó CASADO OLIVA¹⁰⁶ quien, además, invoca el principio de reciprocidad y la necesidad de que entre sociedad informante (acreedora) y sociedad titular del fichero común, debe mediar un convenio mediante el cual las entidades se comprometen a comunicar al responsable del fichero común las incidencias que tengan con sus clientes, y el responsable se compromete a facilitar la información que posea respecto a las personas consultadas.

Algo diferente sucede con el fichero dependiente del Banco de España, y más concretamente de la Central de Información de Riesgos (CIR). Las entidades declarantes (Banco de España, las entidades de crédito españolas, sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, fondos de garantía de depósitos, sociedades de garantía recíproca y aquellas otras que determine el Ministerio de Economía a propuesta del Banco de España) están obligadas a proporcionar a la Central de Información de Riesgo los datos referidos a personas con los que se mantenga, de forma directa o indirecta, riesgos de créditos, así como las características de dichas personas y riesgos, incluyendo las que afecten al importe y recuperabilidad de estos¹⁰⁷.

En esta ocasión, no cabe hablar de convenio de colaboración alguno entre entidad declarante o acreedora y titular del fichero sobre morosidad sino que, como se ha dicho, todas las entidades relacionadas están obligadas a facilitar el dato al fichero CIRBE. Otra particularidad es que en el tratamiento de datos conviven dos ficheros de distinta naturaleza, por un lado el de las entidades declarantes (un fichero privado) y por otro, el propio CIRBE (fichero de naturaleza pública). El Informe del Banco de España de fecha 1 de octubre de 1998, constata que existen

¹⁰² Informe citado, pág. 2.

¹⁰³ APARICIO SALOM, J. Obra citada, pág. 173.

¹⁰⁴ VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Obra citada, pág. 303.

¹⁰⁵ PLANA ARNALDOS, M.C., obra citada, pág. 373.

¹⁰⁶ CASADO OLIVA, O. Obra citada, pág. 192.

¹⁰⁷ Art. 60. Ley 44/ 2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

diferencias significativas entre los ficheros privados de información patrimonial y el CIRBE en cuanto a la cobertura de la información de ambas bases de datos, como en su forma de consulta y respecto a los usuarios que pueden tener acceso a ella (no se especifican cuáles son¹⁰⁸). Lo que es cierto es que la alusión a las diferencias se refiere a aspectos formales y no en cuanto a su función.

Una vez analizado el funcionamiento de estos ficheros en conexión con las personas que intervienen, procede especificar de forma concreta cada uno de ellos.

2.1.- SUJETOS INTERVINIENTES

De la lectura del artículo 29 LOPD se desprende la intervención de las siguientes personas:

- Quienes se dediquen a la prestación de servicios sobre información de solvencia patrimonial, (en adelante EISP).
- El interesado ó afectado.
- El acreedor.
- Quien actúa por cuenta o interés del acreedor.
- El responsable del tratamiento.
- La entidad que haya revelado datos.

Sin embargo, son más las personas que de una manera directa tienen relación con la operativa de un fichero de morosidad, estando reflejadas en diferentes disposiciones o incluso en la propia jurisprudencia:

- Responsable del fichero común¹⁰⁹.
- Responsable del fichero¹¹⁰.
- Deudor¹¹¹.

¹⁰⁸En PLANA ARNALDO, M.C. Obra citada, pág. 371.

¹⁰⁹AGPD. Instrucción 1/ 1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, Norma 1, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, pág. 1. “El acreedor o quien actúe por su cuenta e interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en el número 1 de esta Norma en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común”.

¹¹⁰Art. 37 Régimen aplicable. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. “1. El tratamiento de datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito, previsto en el apartado 1 del artículo 29 de la LOPD, se someterá a lo establecido, con carácter general, en dicha ley orgánica y en el presente reglamento. 2. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el caso de los ficheros a que se refiere el apartado anterior, se rige por lo dispuesto en los capítulos I a IV del título III del presente reglamento, con los siguientes criterios: a) Cuando la petición de ejercicio de los derechos se dirigiera al responsable del fichero, éste estará obligado a satisfacer, en cualquier caso, dichos derechos”.

- Entidades declarantes¹¹².
- Entidades suscriptoras¹¹³.
- Encargado del tratamiento¹¹⁴.

Por tanto, en una relación que debía ser simple pueden manejarse hasta 11 nombres diferentes, aunque varios hacen referencia a la misma persona como “quienes se dediquen a la prestación de servicios sobre información de solvencia patrimonial”, “responsable del fichero común”, y “responsable del fichero” por un lado y, por otro, “acreedor” y “entidad declarante”.

Una vez delimitados los agentes intervinientes en este entorno, se pasa a hacer una valoración sobre el concepto y alcance de “quien actúa por cuenta o interés del acreedor”, al entender que es una figura que precisa de análisis independiente teniendo en cuenta que en muchos casos, quien cede unos datos a un fichero de morosidad en su condición de “actuar por cuenta o interés”, relamente no tiene tal carácter.

¹¹¹Art. 39. Información previa a la inclusión. RLOPD.” 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”.

¹¹²Art. 59. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, “Naturaleza y objetivos de la Central de Información de Riesgos, Primero. La Central de Información de Riesgos (en adelante CIR) es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades declarantes a que se refiere el apartado primero del artículo siguiente, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito, 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; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas”.

¹¹³AGPD. Recomendación de fecha 12 de julio de 2001. Inspección a un fichero común de información sobre solvencia patrimonial e incumplimiento de obligaciones dinerarias, pág. 2. “Las entidades que se adhieren al servicio, denominadas “entidades suscriptoras”, pueden acceder al fichero a través de emulación, mediante conexión directa a los equipos informáticos o bien a través de entregas de soportes magnéticos. Las consultas pueden realizarse utilizando como criterio de búsqueda el número de DNI, no estando disponible la consulta utilizando el nombre y apellidos”.

¹¹⁴STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 15 de Julio de 2010, recurso 23/2008, DECIMO.- “También dirige su impugnación la recurrente al apartado 2.a) el artículo 2 ubicado en el Capítulo III, del Título II, de la disposición reglamentaria, relativo al encargado del tratamiento, después de establecer en el apartado 1 la regla general de prohibición de subcontratación por parte del encargado del tratamiento sin autorización del responsable, y de prevenir que en caso de autorización se considera que la contratación se efectúa en nombre y por cuenta del responsable, en el apartado 2 se contiene la excepción a la regla general expuesta, condicionándola a la concurrencia de cuatro requisitos, y, entre ellos, en la letra a), a que “se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar”.

2.2.- “ACTUAR POR CUENTA E INTERÉS DEL ACREEDOR”

Para analizar si una entidad actúa conforme al artículo 29 LOPD desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, se estudiarán los supuestos de los efectos comerciales domiciliados o descontados en una entidad bancaria y si en estos casos la entidad actúa por cuenta e interés del acreedor.

A favor de la interpretación de que las entidades financieras, en estos casos, sí podría ceder datos en el ámbito del art. 29 LOPD, encontramos a PLANA ARNALDOS. Para este autor, el Banco, ante una operación de descuento, actúa por cuenta o interés del acreedor, ocurriendo lo mismo con las entidades que gestionan cobros¹¹⁵. Sin embargo, en el caso de las domiciliaciones bancarias, entiende que no por eso está legitimado para transmitir los datos a un fichero común¹¹⁶. ÉCIJA comparte esta postura.¹¹⁷

No obstante, hay que tener en cuenta que la cesión de datos deudores por parte de un no acreedor no resulta ajustada a la legalidad. Según lo dispuesto en el art. 29, tan solo es posible ceder datos a un fichero sobre morosidad si quien lo hace actúa como acreedor o por su cuenta o interés.

Así lo considera la doctrina judicial. Cabe citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de noviembre de 2005¹¹⁸ donde se recoge el supuesto de una letra de cambio descontada en un Banco y al no ser atendida por el obligado al pago, el Banco procedió al cobro por parte de su cliente, incluyendo además los gastos de devolución. Acto seguido, el Banco comunicó al fichero de morosidad el impago en cuestión. Se hace constar en la sentencia que cuando el Banco ordenó la inclusión de los datos del denunciante en el fichero RAI, no era acreedor del deudor cambiario, ni tampoco tenedor de la letra pues la misma había sido devuelta a su cliente. El juzgador entendió que la comunicación de los datos al fichero común no era ajustada a derecho porque el Banco no es ni acreedor ni actuó por cuenta o interés de este ya que al fin y al cabo opera como intermediario y él cobró con creces la cantidad que en su momento anticipó a su cliente descontante.

En otra sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 22 de junio de 2005¹¹⁹ se contempla un supuesto similar. Esta sentencia vino a confirmar la sanción impuesta a la recurrente por parte de la Agencia de Protección de Datos al haber

¹¹⁵ PLANA ARNALDOS, M.C., obra citada, pág. 408.

¹¹⁶ PLANA ARNALDOS, M.C. Obra citada, pág. 409.

¹¹⁷ ÉCIJA BERNAL, A. Obra citada, pág. 551.

¹¹⁸ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 30 de Noviembre de 2005, recurso 166/2004, ponente: Fernández García, José Arturo. FJ tercero.

¹¹⁹ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 22 de Junio de 2005, recurso 821/2003, ponente: Calvo Rojas, Eduardo.

incluido un dato en ficheros de morosidad sin ser acreedor ni actuar por cuenta o interés de este. En la sentencia se pone de manifiesto que el Banco promovió la anotación de la deuda cuando ya no tenía intervención ni parte en la relación cambiaria. Con iguales razonamientos se decanta la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de julio de 2005¹²⁰, insistiéndose en el hecho de que el Banco no es acreedor sino tenedor no librado. Se terminó por confirmar igualmente la sanción impuesta.

Por lo cual, para el supuesto de que el obligado al pago no pague y tampoco el beneficiario a su Banco, podría entenderse que la entidad financiera es acreedora de su cliente (el beneficiario) pero no del librador, no pudiendo, en consecuencia, ceder datos de este último a un fichero de morosos.

Con independencia de que la jurisprudencia entiende que en estos casos el Banco no actúa por cuenta o interés del acreedor, hay que analizar jurídicamente esta expresión (actuar por cuenta o interés). Por un lado, cabe pensar que esa actuación por cuenta o interés del acreedor se ciñe a la cesión de datos a un fichero sobre solvencia patrimonial y, por otro, puede deducirse que la actuación por cuenta o interés se refiere al estricto campo de la reclamación de la deuda.

A la hora de ceder los datos a un fichero de morosos, en un supuesto de contrato de descuento o de domiciliación, el Banco no ha sido apoderado por el acreedor, su cliente, para ceder dichos datos, ni expresa ni tácitamente, no pareciendo que en esta situación el acreedor tenga voluntad de que se llevase a cabo tal representación, cuando además, ni tan siquiera se entera de la cesión de datos a los ficheros de morosidad.

Al no existir representación autorizada, ya sea expresa o tácita, tan solo nos quedaría hablar de representación sin poder (*fictus procurador*). Tal y como expone el autor DIEZ PICAZO¹²¹, la figura del falso representante constituye una particular aplicación del supuesto de ausencia de poder de representación, en la cual, la protección hay que dispensarla en favor del *dominus*, en nuestro caso del acreedor, el cual no ha participado en la actividad llevada a cabo por el *fictus procurador*, ya que esta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella aquiescencia.

Por último, si no estamos en presencia de un supuesto de representación ni actúa la entidad comunicante en interés de su cliente, tan solo nos quedaría por abordar la posibilidad de que la entidad declarante actuase como mandataria de su cliente. El art 1720 del C.c. dispone que “todo mandatario está obligado a dar cuenta de

¹²⁰SAN, Sección 1ª, de 20 de julio de 2005, recurso 1145/2003.FJ cuarto.

¹²¹DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistemas de derecho civil*, Volumen I, Quinta edición, Edit. TECNOS, Madrid, 1984, págs. 500 y ss.

sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”.

La entidad financiera, al ceder unos datos de un presunto deudor a una empresa EISP, nada transmite o abona al mandante, entre otras cosas, se insiste, porque ni tan siquiera el acreedor se entera de la transmisión de datos efectuada. No puede hablarse de representación cuando el representante ni da cuentas de su actuación al representado ni transmite nada al mismo una vez concluido el supuesto encargo. Es decir, tampoco existe encargo de mandato entre acreedor y entidad financiera sobre la cesión del dato de morosidad.

Por otra parte, el beneficiario de la letra de cambio domiciliada ó descontada no puede acceder a la información de los ficheros de morosos donde consta inscrito el aceptante. Esta circunstancia se plasma en una sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia¹²² donde se hace constar que el RAI no permite al acreedor tener acceso a los datos que sobre la deuda en cuestión figura en dicho registro. La imposibilidad de acceder a la información sobre un crédito propio debe extenderse a todos los ficheros sobre morosidad en general ya que por el principio de reciprocidad tan sólo tendrán derecho a consultar estos ficheros las sociedades que hayan firmado un convenio con el mismo, denominándose suscriptoras, adheridas ó asociadas. Evidentemente, este no es el caso de un acreedor particular que domicilió sus “efectos” para el cobro en una entidad bancaria. Tampoco el acreedor tendría opción a obtener la información sobre la posible cesión de los datos, ya que los datos cedidos son los del deudor, o presunto deudor, y no los del acreedor, por lo que no está legitimado para ejercer derecho alguno frente a la entidad financiera.

Según lo expuesto, la actuación de cesión de datos por parte de la entidad financiera en estos casos sería nula al carecer de la preceptiva representación a la que obliga el art. 29. Tan solo podría devenir válida si con posterioridad, el acreedor, ratificase la actuación llevada a cabo por la entidad financiera¹²³. En este caso no cabe hablar de ratificación porque, como se decía, el acreedor no se entera de la actividad llevada a cabo por el teórico representante.

Si por el contrario, entendiéramos que la expresión “actuar por cuenta e interés del acreedor” hace referencia al cobro de la deuda y a la cesión de datos a los ficheros de morosidad, resultaría más justificable esta representación ya que, al fin y al cabo, el acreedor y cliente del Banco, le hace a este entrega de un efecto para que se encargue de su cobro.

¹²²Resolución del TDC, Pleno, de 8 de Febrero de 2005, recurso 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio .FJ duodécimo.

¹²³El art. 1.259 del C.c. dispone que “El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorga antes de ser revocado por la parte contratante”.

En las sentencias antes expuestas de la Audiencia Nacional de 22 de junio del 2005, 30 de julio del 2005, y 30 de noviembre de 2005, se entiende que la entidad financiera no actuaba por cuenta o interés del acreedor bien porque ya se había resarcido de la cantidad descontada o porque el Banco no es ni tenedor ni librado ni acreedor. Según estas sentencias, aunque en estos supuestos pudiera tener el Banco la condición de representante para el cobro de un efecto descontado o domiciliado, ni la AGPD ni la Audiencia Nacional consideran que se actúe por cuenta o interés de acreedor.

Efectivamente, no queda patente que el Banco actúe por cuenta del acreedor o en su interés tanto a la hora de cobrar la deuda como al ceder los datos al fichero de morosos. Ambas actuaciones las lleva a cabo la entidad financiera en el ámbito de su actividad profesional, cobrando por ello una comisión bancaria o, en el caso de no ser atendido el efecto descontado, unos importantes intereses financieros y gastos por la situación de impago generada. Es decir, bien sea por un interés particular o por obligación, cuando la entidad financiera cede sus datos a un fichero común lo está haciendo al margen del interés de su cliente con el que celebró un contrato de descuento o domiciliación de letra de cambio u otro efecto comercial. Similar predicamento cabe hacer respecto a la actuación por cuenta o interés de cara al cobro de la deuda.

Parece más lógico pensar que la entidad financiera cede los datos de la deuda al estar así convenido con la EISP, la cual vendrá obligada a facilitar información en sucesivas operaciones crediticias a la propia entidad financiera, favoreciendo así el funcionamiento mercantil de la cedente de los datos. La importancia para las entidades financieras de poder disponer de información sobre solvencia patrimonial no es solo importante, sino vital en nuestro entorno comercial, hasta el punto de poder asegurar que, sin esta información, no sería posible, por ejemplo, la actividad crediticia según se entiende hoy en día. La información no es ni más ni menos que poder económico¹²⁴.

En resumen, cuando una entidad financiera cede datos relativos al impago de un efecto cambiario domiciliado o descontado, lo está haciendo en su propio interés, de forma ilegal y bajo el amparo institucional, obteniendo un lucro en esta operativa del que en ningún caso participa el librador.

Por lo dicho, el RAI sería un fichero ilegal ya que su función es la de constituir una base de datos de morosidad que se nutre de la información de entidades financiera sobre el “conocimiento” que tengan de efectos impagados¹²⁵, mientras

¹²⁴ROCAFORT PÉREZ, G.M. “Sospechas de importantes irregularidades sobre el Fichero Informático CIR (Central de Información de Riesgos) del Banco de España: la AN ordena una investigación seria y rigurosa”. *Actualidad administrativa*: t. 2 (2005), pág. 1811.

¹²⁵El Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI) está constituido por la información relativa a aquellos impagos, exclusivamente de personas jurídicas, de cuantía igual o superior a 300 euros, que se produzcan

que el art. 29 LOPD precisa para la cesión de los datos que el transmitente sea el acreedor o quien actúe por su cuenta ó interés y, en este caso, no es ni una cosa ni la otra, no siendo suficiente que simplemente tenga “conocimiento” de dichos impagos. Esta situación es recogida en la sentencia de 8 de febrero de 2005 del Tribunal de Defensa de la Competencia al decirse que “el intercambio de información sobre morosidad no se produce entre los operadores que sufren dicha morosidad, sino entre quienes la observan desde una posición de paso del tráfico mercantil”¹²⁶. Para la AGPD, estas entidades estarán legitimadas para ceder datos sobre morosidad siempre y cuando estén dispuestas a facilitar la información de que dispongan relativas a las operaciones que hayan resultado impagadas¹²⁷. Cabe observar como solo se pide que faciliten información “de la que dispongan”, no de la que sean parte en calidad de acreedoras o porque actúen por cuenta o interés del acreedor.

En síntesis, ante un contrato de descuento y domiciliación bancaria, se puede afirmar lo siguiente:

- Tan solo el acreedor o quien actúa por su cuenta o interés pueden ceder datos relativos a una deuda a una EISP.
- El acreedor no cede los datos a la EISP.
- La entidad financiera cede los datos a la EISP.
- La entidad financiera no es acreedora.
- La entidad financiera no actúa ni en representación ni por cuenta e interés del acreedor.
- Por tanto, en este ámbito, la cesión de los datos relativo a la deuda se efectúa de forma ilegal al margen del art. 29.

en documentos en los que conste la firma del deudor reconociendo la deuda (letras aceptadas, pagarés cambiarios, cheques de cuenta corriente y pagarés de cuenta corriente), que sean de uso en masa en el sistema bancario y que tengan fuerza ejecutiva. Asimismo, recoge los recibos que suplan a las letras de cambio en los que conste la aceptación del deudor con su firma y cumplan los restantes requisitos antes señalados, salvo el de fuerza ejecutiva. La información la aportan Bancos, Cajas de Ahorro, Cajas Rurales y Cooperativas de Crédito ("entidades de depósito"). El plazo de permanencia de la información contenida en el RAI es, actualmente, de treinta meses. A través de este servicio se suministra información del RAI a los acreedores (personas físicas o jurídicas que puedan acreditar que tienen un crédito concedido o solicitado por una persona jurídica) y a las empresas de informes de solvencia (aquellas cuya actividad sea proporcionar informes de solvencia). La información que se podrá consultar es el importe pendiente de pago por el deudor y el número de apuntes asociados a un deudor. La consulta debe realizarse necesariamente por el CIF del deudor. Hay dos procedimientos técnicos diferentes para acceder al fichero: <https://www.ficherorai.com/raiWeb/Varios/Informacion.aspx>.

¹²⁶TDC, Pleno, Resolución de 8 de Febrero de 2005, recurso 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio .FJ undécimo

¹²⁷ AGPD. Informe Jurídico de fecha 12 de julio de 2002, pág. 2.

2.3.- EVOLUCIÓN DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En este apartado analizaremos de forma conjunta las figuras de del acreedor, responsable del fichero común, responsable de tratamiento y encargado de tratamiento desde el punto de vista de la imputación de responsabilidad sobre cada uno de ellos

Tanto del contenido de la LOPD como de su Reglamento de desarrollo, no es fácil hacerse una idea concreta de cuál es el específico campo que abarca la actividad y responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes. Tan solo a través del estudio de la jurisprudencia y doctrina, aplicada a la casuística, es posible delimitar distinciones y concordancias entre las figuras referidas, así como el alcance de su responsabilidad. En el tratamiento de datos sobre morosidad intervienen tres responsables de ficheros, como lo son el responsable del fichero del acreedor, el responsable del fichero común y el responsable del fichero de la entidad suscriptora o adherida. Cuando se hace referencia al responsable del fichero, se lleva a cabo también en relación al responsable del fichero común o de morosos.

Lo que resulta trascendente es saber cuál es la persona que ante un tratamiento ilegal de datos sobre morosidad resulta responsable. La jurisprudencia se ha ocupado profusamente de ese aspecto, lo que ha conllevado el desarrollo conceptual de las diferentes personas sobre las que en algún momento ha recaído responsabilidad administrativa ó civil, como es el caso del acreedor, responsable del fichero, encargado del tratamiento y responsable del tratamiento.

En concreto, la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre esta materia ha sido la siguiente:

- **Primera Fase**

Arranca con la promulgación de la Instrucción 1/1995 de la AGPD. En este primer momento siempre se entendió que el responsable objeto de sanción ante una irregularidad en el tratamiento sobre morosidad debía ser el acreedor¹²⁸.

En este sentido, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 1999, la cual exonera de responsabilidad al responsable del fichero común a costa del acreedor. No obstante, se indica que el responsable del fichero común podrá ser responsable ante una falta de actividad por su parte. En igual sentido se muestra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

¹²⁸En PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 337.

Madrid de 19 de Enero de 2000¹²⁹, confirmando la sanción impuesta a una entidad acreedora por no solicitar la baja de un fichero de morosidad a pesar de constarle la inexactitud de los datos.

La sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 22 de junio del 2001¹³⁰, no estima la pretensión de la recurrente, la entidad acreedora, de que ella no debería ser objeto de sanción ya que en la Ley tan sólo se prevé sancionar a los responsables del fichero y encargados del tratamiento, y ella no es ni una cosa ni otra, volcando la responsabilidad sobre el responsable del fichero, en este caso el fichero ASNEF. El Tribunal no sólo desestima esta pretensión de la recurrente sino que además expone los razonamientos por los cuales es posible condenar al acreedor y no al responsable del fichero, llegándose a decir que “la infracción que se describe en el citado artículo 43.3.f) puede ser cometida por el entidad recurrente, como se infiere de la propia Ley Orgánica 5/1992, pues además de ser el encargado de suministrar los datos a la entidad que gestiona el fichero, el artículo 28.1 de la Ley Orgánica de tanta cita, permite que puedan tratarse 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, es decir, permite la existencia de ficheros, de titularidad privada, de carácter común (que la Instrucción 1/1995 también recoge) que centralizan los datos sobre la solvencia patrimonial y crédito previstos en el citado artículo 28.1 de la expresada Ley Orgánica. Pues bien, esta previsión del artículo 28.1, que desarrolla la Instrucción 1/1995, no vulnera el principio de tipicidad, pues la existencia de ficheros comunes sobre solvencia patrimonial determina que los acreedores son responsables de dichos ficheros, en la medida en que a los mismos se les impone la obligación de su actualización”

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 19 de enero del 2000¹³¹, lleva a cabo un profundo análisis del motivo por el cual el responsable del fichero no debe ser sancionado y sí el acreedor. En el caso de autos, el recurrente es el responsable del fichero de morosidad RAI (Centro de Cooperación Interbancaria), siendo sancionado por parte de la Agencia de Protección de Datos al no haber procedido a la cancelación de unos datos inexactos. Contra esta sanción se interpuso recurso al entender que el responsable debía ser el acreedor. En su análisis, el juzgador advierte que tal y como se desprende del artículo 28 de la derogada LORTAD y de la propia Instrucción 1/1995, (en su exposición de motivos), “coexisten perfectamente engarzados dos

¹²⁹Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, de 19 de enero de 2000, recurso 1342/1997, ponente: Huerta Garicano, Inés FJ segundo.

¹³⁰SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 22 de Junio de 2001, recurso 56/2000, ponente Teso Gamella, María del Pilar. FJ tercero.

¹³¹Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 19 de Enero de 2000, recurso 1342/1997, ponente: Huerta Graciano, Inés María. FJ tercero.

tipos de ficheros. Uno, el del propio acreedor, que se nutre de los datos personales que son consecuencia de las relaciones económicas mantenidas con el afectado, cuya única finalidad es obtener la satisfacción de la obligación dineraria, y otro, un fichero que podríamos denominar común que, consolidando todos los datos personales contenidos en aquellos otros ficheros, tiene por finalidad proporcionar información sobre la solvencia de una persona determinada y cuyo responsable, al no ser el acreedor, no tiene competencia para modificar o cancelar los datos inexactos que se encuentren en aquéllos”.

El juzgador, continúa diciendo que “la distinción entre ambos ficheros resulta trascendente a la hora de determinar quién es el que viene obligado a satisfacer el derecho de cancelación del dato registrado en el fichero común”. La Sala llega a la conclusión de que es al acreedor, en este caso la entidad bancaria suministradora del dato al fichero común, a quien incumbe la responsabilidad de la veracidad y calidad de los datos, debiendo comunicar al titular del fichero común (la actora) el dato inexistente o inexacto a fin de que proceda a su cancelación o modificación. Termina por decirse en la sentencia que “de cuanto ha sido transcrito es claro, a juicio de la Sala y en sintonía con lo sostenido por la actora, que el incumplimiento que se ha imputado a la actora como constitutivo de la infracción grave por la que ha sido sancionada, no le son aplicables en cuanto titular de un fichero común de información sobre solvencia patrimonial y crédito, preceptos sólo predicables de los acreedores cedentes de los datos registrados en el fichero común (en este caso la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez), únicos a los que incumbe la de comunicar al titular del fichero común (la actora) el dato inexistente o inexacto a fin de que proceda a su cancelación o modificación, para las que carece de competencia dicho titular”.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de mayo de 2000¹³², se recoge un supuesto similar, volcándose la responsabilidad sobre el acreedor que facilitó al responsable del fichero común unos datos erróneos. Se insite en que coexisten dos tipos de ficheros, como lo son el de la entidad acreedora y el fichero común, en este caso el RAI, llegándose a la conclusión de que la distinción entre ambos ficheros resulta trascendental a la hora de determinar quién es el que viene obligado a satisfacer el derecho pedido por el titular los datos, (el de cancelación), en relación con los datos incluidos en el fichero de morosidad. Al contemplar la existencia de estos dos ficheros en el tratamiento de datos es posible concretar responsabilidades a una u otra figura. Al responsable del fichero común se le imputa la obligación de notificar al titular

¹³²Sentencia del TSJ Madrid, Sala de lo contenciosos Administrativo, sec. 8ª, 4 de mayo de 2000, recurso 1415/1997, ponente Inés Huerta Graciano. FJ tercero.

los datos la inclusión en su fichero mientras que al acreedor, en este caso al Banco Popular, como entidad suministradora del dato al fichero común, le incumbe la responsabilidad de la veracidad y calidad de los datos, debiendo comunicar al titular del fichero común el dato inexistente o inexacto a fin de que proceda a su cancelación o modificación. Por este motivo, al RAI no le era exigible otro comportamiento que el de notificar al reclamante la inclusión en su fichero, lo cual hizo, por lo que no cabe imputarle ningún tipo de responsabilidad y sí a la parte acreedora. Con iguales argumentos se decanta la sentencia dictada también por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de febrero de 2.000¹³³.

- **Segunda Fase**

Tiene su inicio con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 13 de abril del 2002¹³⁴.

Esta sentencia supone un cambio radical en el criterio seguido por la doctrina judicial sobre morosidad. Ahora se carga toda la responsabilidad sobre el responsable del fichero común y también a la Administración, ordenando la devolución de la sanción ingresada por el acreedor así como los intereses de demora.

Nos dice este Alto Tribunal que la sentencia recurrida y dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, conculcó el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española¹³⁵, el art. 129.4 de la Ley 30/1992¹³⁶, que impide la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones y el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 5/ 1992 (LORTAD), que limita el régimen sancionador al responsable del fichero¹³⁷.

Sigue diciendo el Tribunal que “solo el responsable del fichero esta sujeto al régimen sancionador establecido en la LORTAD, que no cabe extender a cualquier otra persona pues, de hacerlo, como la sentencia recurrida, se incurre en una aplicación extensiva o analógica del régimen sancionador prohibido en la

¹³³Sentencia del TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sec. 8ª, 9 de febrero de 2000, recurso 1029/ 1997, ponente Inés Huerta Garitano. FJ tercero.

¹³⁴STS, Sala Tercera, sección sexta, 13 de abril del 2002, recurso 3372/ 2001, ponente Peces Morante, Jesús Ernesto. Fundamento de Derecho tercero.

¹³⁵Art. 25. 1 CE. “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

¹³⁶Art. 129 RJAPPAC. Principio de tipicidad “ 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”.

¹³⁷Art. 42.1 LORTAD. Responsables. “1. Los responsables de los ficheros estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”.

Constitución, con manifiesta conculcación de los principios de legalidad y tipicidad y, por consiguiente, dicha sentencia recurrida debe ser anulada”.

Resulta obvio que el responsable del fichero común deberá contrastar siempre los datos que las entidades acreedoras le remitan a fin de verificar su exactitud pues de lo contrario, serán los únicos responsables de la falta de calidad de los datos obrantes en sus ficheros¹³⁸. La sentencia, aunque se refiere a la LORTAD al ser ésta la ley vigente en el momento de producirse los hechos, no por ello deja de hacer alusión a la actual ley, la LOPD, en el sentido de decir que también esta ley limita el ámbito subjetivo de las personas responsables (responsable del fichero común y no al acreedor), citándose su artículo 43.1. Varias son las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo siguiendo esta misma línea jurisprudencial. Cabe citar las de 19 de julio y 3 de diciembre de 2002¹³⁹, reproduciéndose los argumentos contenidos en la de fecha 13 de abril de 2002. En todas ellas se afirma rotundamente que el responsable del fichero de morosidad es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento automatizado y no es responsable quien facilita el dato en virtud de un contrato celebrado con aquél, por lo que sólo el responsable del fichero está sujeto al régimen sancionador establecido en la LOPD¹⁴⁰, no pudiendo extenderse la responsabilidad a cualquier otra persona¹⁴¹.

Durante este periodo la doctrina se haya dividida. Por un lado, CASADO OLIVA¹⁴², opina que resulta muy discutible que en todo caso el responsable del fichero sea la figura objeto de sanción ya que en muchas ocasiones le resultará imposible cerciorarse de la exactitud de los datos que le son transmitidos. En este sentido se decanta PASCUAL HUERTA¹⁴³ quien hace la observación de que a pesar de la contundencia de estas sentencias, otros órganos judiciales, de forma coetánea, no las tienen en cuenta como sucede con las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional de fechas 22 de junio de 2001¹⁴⁴, y 15 de noviembre de 2002¹⁴⁵. Tampoco la Agencia de Protección de Datos dejó de variar su criterio de imputar responsabilidad al acreedor y no siempre al responsable del fichero¹⁴⁶.

¹³⁸CASADO OLIVA, O. Obra citada pág. 210.

¹³⁹STS, Sala 3ª, sec. 6ª, 3 de diciembre de 2002, recurso 7050/ 2001, ponente Mateos García, Pedro Antonio. Fundamento de derecho cuarto.

¹⁴⁰Art. 43 LOPD Responsables. “1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”.

¹⁴¹En PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 338.

¹⁴²CASADO OLIVA, O. Obra citada, págs. 210-211.

¹⁴³PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 338.

¹⁴⁴SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 22 Junio de 2006, rec. 604/2004, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, FJ cuarto.

¹⁴⁵SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 15 de noviembre de 2002, recurso 920/ 2000, ponente Buisán García, María Nieves, FJ cuarto.

¹⁴⁶Puede observarse como en todas las sentencias expuestas, independientemente del periodo, responden a recursos planteados contra una sanción de la AGPD.

En sentido contrario a estos autores, MESA MARRERO¹⁴⁷ comparte la línea jurisprudencial de esta fase ya que considera que el acreedor no tiene ningún tipo de responsabilidad al no ser ni responsable del fichero ni encargado de tratamiento. Se basa el autor en la literalidad del art. 44 de la LOPD¹⁴⁸ en donde tan solo se imputa responsabilidad al responsable del fichero del tratamiento sin hacerse alusión alguna al acreedor. Para el autor, parece lógico afirmar que es el acreedor quien deba asegurarse de que los datos facilitados al responsable del fichero común son exactos y están puestos al día en cada momento ya que dispone de la información necesaria para controlar la calidad de los datos pero, se insiste en la no imputación de responsabilidad al acreedor, independientemente de su responsabilidad civil vía artículo 1902 del Código civil¹⁴⁹ en concordancia con el artículo 19.1 de la LOPD¹⁵⁰, referido al derecho de indemnización a favor del afectado.

No podemos compartir esta postura ya que el artículo 43 del Reglamento¹⁵¹ no puede ser más claro al imputar responsabilidad al acreedor. MESA MARRERO sigue sin aceptar esa atribución de responsabilidad administrativa al acreedor ya que al final de dicho artículo se hace constar que esa responsabilidad será aplicable en los términos previstos en la LOPD y como en la misma no se prevé de forma explícita esta posibilidad, no cabe la aplicación del artículo 43 del Reglamento. Entendemos que esta interpretación dejaría sin contenido legal a la norma pudiendo ser interpretado de una forma extensiva al amparo del artículo 3 del Código civil¹⁵², ya que es obvio que la imputación de responsabilidad debe recaer sobre aquel que ha realizado con sus actos el hecho sancionable, como puede desprenderse del artículo 130 de la Ley 30/ 1992¹⁵³. No obstante, se hará referencia al art. 43 LOPD y su función vinculante en próximos apartados.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo enmarcada en esta segunda fase no tuvo continuidad. La Audiencia Nacional dictó una sentencia que vino a marcar el

¹⁴⁷MESA MARRERO, C., Obra citada, págs. 2069-2070.

¹⁴⁸Art. 43 LOPD. Responsables. Citado con anterioridad.

¹⁴⁹Art. 1902 C.c.” El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

¹⁵⁰Art. 19 LOPD. “Derecho a indemnización. 1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”.

¹⁵¹ Art. 43. RDLOPD. Responsabilidad. 1.” El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común. 2. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

¹⁵²Art. 3. 1 C.c. “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

¹⁵³Art. 130 RJAPPAC. Responsabilidad. “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

final de este periodo, (la de fecha 3 de marzo del 2004¹⁵⁴), resolviendo un recurso planteado por una entidad bancaria sancionada. El recurrente, basaba su acción en la falta de tipicidad de la sanción de la que había sido objeto ya que el procedimiento sancionador de la LOPD no contenía la posibilidad de sancionar al acreedor, como él lo era, invocando las sentencias expuestas anteriormente dictadas por el Tribunal Supremo sobre la no imputación de responsabilidad al acreedor.

La Sala empieza su análisis partiendo de que el ámbito subjetivo del ilícito administrativo objeto de autos son los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos, pues solo a estos les es aplicable el régimen sancionador de la LOPD. Ahora bien, se sigue razonando que “debe tenerse en cuenta que el responsable del fichero tiene una configuración más amplia en la LOPD que en la LORTAD, pues solo así puede explicarse que cuando el artículo 43 alude al responsable del fichero, esta expresión comprende ahora al responsable del tratamiento bajo la expresión responsable del fichero o tratamiento, desconocida en la Ley de 1992 y si bien es cierto que las definiciones son coincidentes antes y ahora, sin embargo se ha incluido en la vigente Ley a aquellos otros que decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, no sean propiamente responsables del fichero, siendo la entidad bancaria recurrente responsable del tratamiento, pues decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento en los ficheros de responsabilidad patrimonial, los cuales se nutren principalmente de los datos proporcionados por las entidades bancarias y estas son las principales usuarias del mismo, decidiendo sobre el contenido y la finalidad del fichero”.

Por otro lado, se hace constar que resulta materialmente imposible en estos supuestos que el responsable del fichero conozca la exactitud o no del dato personal que le ha proporcionado una entidad bancaria por el impago en una relación contractual, siendo el responsable del tratamiento, es decir, la entidad bancaria, a quien le corresponde cumplir con las exigencias derivadas de la calidad del dato¹⁵⁵. Se termina diciendo que la recurrente es la responsable del tratamiento y por ello le es aplicable el régimen sancionador previsto en los artículos 43 y siguientes de la LOPD.

Es importante destacar que en esta sentencia se hace referencia directa a las dictadas por el Tribunal Supremo de 13 de abril¹⁵⁶ y 3 de diciembre de 2002¹⁵⁷,

¹⁵⁴Sentencia del AN Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, 3 de marzo de 2004, recurso 346/ 2002, ponente Pilar Teso Gamella. FJ cuarto.

¹⁵⁵SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, 3 de marzo de 2004, recurso 346/ 2002, ponente Pilar Teso Gamella. FJ quinto.

¹⁵⁶STS Sala 3ª, sec. 6ª, de 3 de abril de 2002, recurso 3372/2001, ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto.

¹⁵⁷STS, Sala 3ª, sec. 6ª, S 3-12-2002, recurso 7050/2001, ponente: Mateos García, Pedro Antonio.

que se pronunciaban en un sentido contrario pero, ahora, con la publicación de la LOPD, se argumenta que el escenario ha cambiado al ampliarse el marco subjetivo con la figura del responsable del tratamiento por lo que ahora no resultan de aplicación.

La fragilidad de los argumentos que sustentan la no imputación de responsabilidad al acreedor, a pesar de ser la figura que propicia el hecho sancionado, y que el responsable del fichero no tiene medios materiales para conocer la situación real del afectado, explica el escaso apoyo doctrinal. Por otra parte, se propicia un desarrollo jurisprudencial que sí termina por poder considerar en una última fase como responsable al acreedor aunque para ello se valga del desarrollo terminológico de la figura del responsable del tratamiento.

- **Tercera Fase**

Comienza tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 2005¹⁵⁸, en virtud de la cual se desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad acreedora. La recurrente alega la contradicción de la sentencia impugnada con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. Las sentencias invocadas del Tribunal Supremo son las de fecha 13 de abril¹⁵⁹ y 29 de julio del 2002¹⁶⁰ y 3 de diciembre de 2002¹⁶¹ y las de 3 de marzo¹⁶² y 22 de diciembre del año 2000¹⁶³ dictadas por la Audiencia Nacional.

El Tribunal Supremo argumenta que “las sentencias invocadas versan sobre la adecuación o no a derecho de sanciones impuestas por la AGPD en aplicación de la LORTAD, mientras que la sentencia impugnada en autos se refieren a la adecuación a derecho de la sanción impuesta en aplicación de la LOPD, dándose el caso de que con la nueva ley 15/ 1999 aparece un nuevo personaje, el responsable del tratamiento, como posible sujeto pasivo de la potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de datos. No se trata, a juicio del tribunal, de un mero cambio de redacción, de un simple giro gramatical, o de una innovación puramente estilística. Es algo más profundo: estamos ante un cambio esencial en el modo de afrontar la regulación de las relaciones que se

¹⁵⁸STS Sala Tercera Sección sexta 28 de Febrero de 2005, recurso 247 2004, ponente Francisco González Navarro.

¹⁵⁹STS, sentencia citada con anterioridad.

¹⁶⁰STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 29 de julio de 2002, recurso 5530/ 1998, ponente Lecumberri Martí, Enrique.

¹⁶¹STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de diciembre de 2002, recurso 7050/ 2001, ponente: Mateos García, Pedro Antonio.

¹⁶² SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 3 de marzo de 2000. Recurso 349/ 1999, ponente García Gonzalo, Tomás.

¹⁶³SAN, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 1ª, de 22 de diciembre de 2000, recurso 293/ 1999, FJ tercero y cuarto.

entablaron entre quienes manejan los datos y el titular de los mismos. Así las cosas, habiéndose aplicado por la sentencia impugnada una legislación que introduce tal radical innovación respecto de la legislación precedente, que es la aplicada por las sentencias invocadas, falta aquí la identidad sustancial entre los hechos, fundamentos y pretensiones que la ley procesal exige como presupuesto inexcusable para poder entrar a conocer en el fondo del asunto”.

Como puede observarse, no se entra a enjuiciar ni describir la figura del responsable del tratamiento o de si el acreedor tiene o no tal condición. Simplemente el Tribunal no entra a conocer, ya que al tratarse de un recurso de casación para unificación de doctrina resulta fundamental que las sentencias de contraste sean aplicables al caso, no sucediendo en este procedimiento al entenderse que son radicalmente diferentes los supuestos enjuiciados en aquella ocasión con las del presente procedimiento, al tratarse de legislaciones dispares.

Tras la publicación de esta sentencia siguieron otras del mismo Tribunal como la de 26 de abril de 2005¹⁶⁴, 14 de junio de 2005¹⁶⁵ y 18 de julio de 2006¹⁶⁶, repitiéndose en todas ellas iguales argumentos.

La propia jurisprudencia se ha encargado también de definir la figura del responsable del tratamiento, que no es otro que la entidad acreedora, como se describe en la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de marzo de 2004 anteriormente examinada (fundamento jurídico cuarto). Otras sentencias que recogen esta distinción entre ambas figuras son las dictadas por la Audiencia Nacional de 18 de mayo¹⁶⁷, 1 de junio¹⁶⁸ y 30 de noviembre 2005¹⁶⁹, y 16 de marzo¹⁷⁰, 25 de mayo¹⁷¹ y 16 de noviembre de 2006¹⁷².

En el ámbito judicial se mezclan y confunden las diferentes figuras que intervienen en el tratamiento de datos personales. La Sentencia de la Audiencia

¹⁶⁴STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 26 de abril de 2005, recurso 217/ 2004, ponente Santiago Martínez Vares García.

¹⁶⁵STS, Sala 3ª, sección sexta, de 24 de junio del 2005, recurso 385 2004, ponente: Santiago Martínez vares García

¹⁶⁶STS, Sala 3ª, sección 6ª, de 18 de julio de 2006, recurso 322/ 2005, ponente Margarita Robles Fernández.

¹⁶⁷SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 18 de mayo de 2005, recurso 456/ 2003, ponente Fernández García, José Arturo, FJ cuarto.

¹⁶⁸SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 1 de 1 de junio de 2005, recurso 645/ 2003, ponente Guerrero Zaplana, José. FJ tercero.

¹⁶⁹SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 25 de mayo de 2006, recurso 50/ 2005, ponente Guerrero Zaplana, José, FJ tercero.

¹⁷⁰SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 16 de marzo de 2006, recurso 413/ 2004, ponente Fernández García, José Arturo, FJ quinto.

¹⁷¹SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 25 de mayo de 2006 recurso 50/ 2005, ponente Guerrero Zaplana, José, FJ tercero.

¹⁷²SAN. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 16 de noviembre de 2006, recurso 607/ 2004, ponente Sanz Calvo, María Luz Lourdes, FJ tercero.

Nacional de 22 de junio de 2006¹⁷³, en su fundamento jurídico tercero, argumenta la desestimación del recurso instado por una financiera sobre una sanción por indebida inclusión de datos en un fichero de morosidad. Alega el recurrente que no procede la sanción ya que la Ley no prevé sancionar al acreedor. La Sala mantiene el criterio sobre atribución de responsabilidad al acreedor, pero sobre consideraciones erróneas al confundir responsable del tratamiento con encargado del tratamiento al argumentar que el artículo 43 LOPD amplía el ámbito de responsabilidad a los encargados del tratamiento¹⁷⁴ y sobre esta consideración termina por imputar responsabilidad al acreedor. Según la LOPD, el encargado del tratamiento no tiene poder de decisión sobre la finalidad del fichero al ser una persona contratada por el responsable del fichero para que lleve a cabo una serie de actuaciones (como pudiera ser la confección de nóminas de sus trabajadores)¹⁷⁵.

Así, el Tribunal termina por decir que cabe imputar responsabilidad al acreedor ya que con la nueva ley de protección de datos el ámbito subjetivo sancionador se amplía al “encargado del tratamiento y el acreedor tienen tal condición al ser responsable del tratamiento”¹⁷⁶. Puede observarse como se emplean términos de forma indiscriminada e impropia.

Lo que resulta indiscutible es que la aparición de la figura del responsable del tratamiento en la LOPD ha propiciado retomar el punto inicial sobre atribución de responsabilidades en este tipo de tratamientos. Gracias al responsable del tratamiento, la jurisprudencia ha conseguido imputar responsabilidad al acreedor sobre la consideración de que él es el responsable del tratamiento¹⁷⁷, quedando

¹⁷³SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 22 de junio de 2006, rec. 604/2004, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, FJ tercero.

¹⁷⁴Art. 43 LOPD. “Responsables. 1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”.

¹⁷⁵Art. 12 “Acceso a los datos por cuenta de terceros. ”2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”.

¹⁷⁶SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 22 de Junio de 2006, recurso 604/2004, Fundamento Jurídico tercero. “El artículo 42.1 de la L.O.R.T.A.D. sometía a su régimen sancionador solo a los responsables del fichero, en cambio en la vigente LOPD el ámbito subjetivo de responsabilidad se amplía y bajo su regulación se comprende en el artículo 43.1 además del responsable del fichero al encargado del tratamiento, así literalmente se dice “Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”. Ahora bien, como está Sala ha venido reiterando, véase la sentencia de 3 de marzo de 2004, recurso 346/2002 citada por la Abogacía del Estado, debe tenerse en cuenta que en la LOPD el responsable del fichero tiene una configuración más amplia que en la L.O.R.T.A.D. pues cuando el citado artículo 43.1 LOPD alude al responsable del fichero, esta expresión abarca ahora al responsable del tratamiento, según el artículo 3 d) de la citada Ley, que define al “responsable del fichero o tratamiento” como la “persona física o jurídica. que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”

¹⁷⁷ PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 28.

enmarcado cada agente como responsable del tratamiento y del fichero, respectivamente. Sea el que fuere el camino empleado, compartimos plenamente esta postura ya que no puede dejar de sancionarse a la persona que ha propiciado la infracción y, por otra parte, tampoco es admisible que otra persona sea sancionada sin tener medios materiales para poder comprobar la legalidad o no de los datos que la han sido suministrados.

Puede afirmarse que la doctrina es unánime al entender que cabe responsabilizar al acreedor ante una actitud sancionable en el entorno de los ficheros de morosidad, pudiéndose citar a RAMOS SUÁREZ¹⁷⁸, APARICIO SALOM¹⁷⁹, CASADO OLIVA¹⁸⁰, PARRA LUCÁN¹⁸¹, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ¹⁸², PLANA ARNALDOS¹⁸³, PASCUAL HUERTA¹⁸⁴.

Entedemos que existen lagunas en torno a la responsabilidad del acreedor y al concepto de responsable de tratamiento, cuestiones que son analizadas a continuación.

2.4.- ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR

En este apartado se contempla la imputación de responsabilidad al acreedor desde diferentes puntos de vista, partiendo de lo dispuesto tanto en la LORTAD como en la LOPD.

El artículo 42 de la derogada LORTAD establecía que “los responsables de los ficheros” estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley.

Y el Artículo 43 LOPD dispone que los “responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos” estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley (LOPD).

¹⁷⁸ RAMOS SUÁREZ, A. “El requerimiento previo a la inclusión de los datos personales en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito”. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*. Nº. 35, 2008, pág. 1.

¹⁷⁹ APARICIO SALOM, J. Obra citada, pág. 180.

¹⁸⁰ CASADO OLIVA, O. Obra citada, págs. 193-196.

¹⁸¹ PARRA LUCÁN, M^a A, pág. 16.

¹⁸² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. *Registros de morosos*. Edit. Aranzadi. Pamplona. 2010, pág. 5.

¹⁸³ PLANA ARNALDOS, M.C, págs. 408-410.

¹⁸⁴ PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 338.

2.4.1.- Responsable del Tratamiento y Responsable del Fichero

La mayoría de la doctrina¹⁸⁵ coincide con la actual tendencia jurisprudencial, la cual no tiene fisuras, distinguiendo que sí hay diferencias entre responsable del tratamiento y responsable del fichero, es decir, entre el acreedor y el responsable del fichero común, respectivamente.

Se desarrollan estos conceptos al entenderse que con la nueva legislación no se busca tanto proteger los datos contenidos en un fichero determinado, sino el tratamiento de esos datos, tratamiento que puede englobar varios ficheros con diferentes responsables, uno de los cuales no tendrá capacidad material de modificar los datos, los responsables del tratamiento, y otros, los responsables del fichero, que serán aquellos que sí tienen esta posibilidad¹⁸⁶.

A pesar de lo expuesto, cabe plantearse si realmente dicha distinción existe.

PASCUAL HUERTA¹⁸⁷ considera que la distinción no existe siendo artificiosa y falsa, sirviendo de subterfugio para que los tribunales puedan aplicar una situación jurídica concreta sin que del articulado de la Ley se pueda asegurar que existe distinción entre responsable del fichero y responsable del tratamiento. En su opinión, la distinción entre ambos responsables puede ser útil para extender el régimen sancionador a las entidades acreedoras pero entonces no se explicaría como se podría sancionar al responsable del fichero común.

Es cierto que de la Ley no se desprenden cuáles son las diferencias entre responsable del tratamiento y responsable del fichero. En nuestra opinión, tal situación de imprecisión no debe provocar un vacío legal por el cual salga beneficiado la entidad que de forma material ha provocado la situación sancionada en detrimento de otra entidad la que, por mucho que se esfuerce en cumplir de forma rigurosa la Ley, no tiene medios materiales para asegurarse de que el dato que le es cedido se hace de forma correcta. Es obvio que se produciría una auténtica situación injusta desde un punto de vista material hacia la figura del responsable del fichero común.

Y si considerásemos que responsable del fichero y responsable del tratamiento son una misma figura, sería tanto como considerar que el legislador, a la hora de usar el término de responsable del tratamiento también se referiría al responsable del fichero como términos sinónimos pero, en este caso, el acreedor, en principio,

¹⁸⁵ APARICIO SALOM, J, PARRA LUCÁN, M., PASCUAL HUERTA, P, entre otros.

¹⁸⁶ Así recogido en sentencias como la de la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 16 de octubre del 2003, recurso 1539/ 2001, ponente García Garzón, Pedro Jesús, FJ cuarto, y STS, Sala Tercera, de lo contencioso administrativa, sección 6ª, de 26 de abril de 2005, ponente Martínez Vares García, Santiago, FJ segundo.

¹⁸⁷ PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 341.

quedaría igualmente al margen de toda responsabilidad. Sin embargo, el artículo 43 del Reglamento atribuye al acreedor responsabilidad.

En cualquier caso, aunque el acreedor tenga la condición de responsable del tratamiento, el problema no quedará, en principio, solucionado, porque tampoco esta figura puede ser objeto de sanción al amparo de la LOPD que tan solo imputa responsabilidad al responsable del fichero y encargado del tratamiento¹⁸⁸.

Aun entendiendo que pueden tratarse de distintas figuras o de la misma, lo importante es determinar si el acreedor es responsable o no ya que en este último caso se producirían, como se ha dicho, situaciones de injusticia material también respecto al consumidor, ya que vería limitadas sus garantías teniendo en cuenta que el acreedor no operaría con la misma diligencia que si fuera consciente de que podría ser severamente sancionado por una conducta ilegal.

2.4.2.- El titular del fichero común como encargado del tratamiento

Hay autores como APARICIO SALOM¹⁸⁹ que consideran que el acreedor es el responsable del fichero al ser el titular del fichero común el encargado de su tratamiento. Esta opinión es compartida por PASCUAL HUERTA¹⁹⁰ según el cual, además de opinar que el responsable del fichero y del tratamiento sean la misma persona, afirma que que hay una pluralidad de responsables sobre un mismo tratamiento, aunque la mayor parte de las decisiones acerca del contenido del tratamiento corresponde a la entidad acreedora por lo que el mal llamado responsable del fichero común es, en realidad, un responsable incompleto o parcial, mucho más próximo a la figura del encargado de tratamiento. Algún autor como CASADO OLIVA¹⁹¹, va más allá, afirmando que debe mediar entre acreedor y titular del fichero de morosidad un contrato de encargo del tratamiento.

No compartimos la opinión de que el titular del fichero sobre morosidad pueda tener la consideración de encargado de tratamiento y no de responsable del fichero ya que decide sobre la finalidad del fichero, tiene obligación de contestar acerca del ejercicio de los derechos de los titulares de los datos, es objeto de inspecciones por parte de la Agencia como titular del fichero, opera con autonomía respecto de las entidades financieras y es condenado como responsable del fichero en numerosas ocasiones al imputársele obligaciones propias de un responsable y no de un encargado de tratamiento. Por otro lado, en los propios archivos de la AGPD, los ficheros sobre solvencia patrimonial y

¹⁸⁸En este sentido, PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, págs. 342-343.

¹⁸⁹APARICIO SALOM, J. Obra citada, pág. 180.

¹⁹⁰PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 343.

¹⁹¹CASADO OLIVA, O, Obra citada, pág. 196.

crédito tienen un responsable independiente y con personalidad jurídica propia, diferente al de las empresas que le suministran los datos¹⁹². Si el titular del fichero común no es el encargado del tratamiento, lo será el responsable del fichero, por lo cual el acreedor no podrá tener tal condición de responsable del fichero de solvencia patrimonial y crédito.

2.4.3.- El acreedor como responsable solidario

Ni por parte de la doctrina ni por la jurisprudencia se ha contemplado que también pueda ser el acreedor responsable del fichero de forma solidaria junto con el titular del fichero común, ya que nada obsta para que pueda ser el acreedor sancionado como tal responsable solidario. Esta solidaridad se desprende de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La aplicación de la ley 30/92 en conexión con la LOPD queda fuera de toda duda al venir recogida en el propio Reglamento 1720/2007 en su TÍTULO IX, CAPÍTULO I, artículo 115, el cual dispone que los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el dicho título, y supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Los tribunales, en materia sancionadora sobre ficheros de solvencia patrimonial, invocan el art. 130.1 de la Ley 30/1992 relativo al principio de culpabilidad¹⁹³, el cual es imputable a título de simple inobservancia. Resulta también de aplicación al art. 129 de la misma ley¹⁹⁴, que recoge el principio de tipicidad al establecer que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del

¹⁹²El fichero dependiente de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros (ASNEF) tiene por responsable a “Asnef Equifax servicios de información sobre solvencia y crédito S.L.” El fichero BADEXCUG depende de la entidad “Experian Bureau de Crédito S.A.” con CIF A 82120601 y el fichero RAI es dependiente del Centro de Cooperación Interbancaria, con CIF G 78043817. Información obtenida de la página web de la Agencia Española de Protección de Datos (www.agpd.es/ficherosinscritos).

¹⁹³Sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 13 de Mayo de 2011, recurso 329/2010, ponente: Buisán García, María Nieves, de 10 de Octubre de 2007, recurso 320/2005, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 10 de Noviembre de 2006, recurso 162/2004 ponente: Guerrero Zaplana, José, de 11 de Abril de 2007, recurso 316/2005, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 11 de Junio de 2008, recurso 147/2007 ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 14 de Noviembre de 2007, recurso 67/2006, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 14 de Diciembre de 2006, recurso 325/2005 ponente: Guerrero Zaplana, José, de 15 de Diciembre de 2005, recurso 171/2004 ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 16 de Noviembre de 2006, recurso 607/2004, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, etc.

¹⁹⁴STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 15 Julio de 2010, recurso 26/2008, ponente: Trillo Alonso, J. Carlos, sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Mayo de 2002, recurso 656/2001, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 10 de Mayo de 2006, recurso 1103/2003, ponente: Fernández García, José Arturo, de 11 de Abril de 2007, recurso 316/2005, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 16 de Marzo de 2006, recurso 413/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 18 de Enero de 2006, recurso 236/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 18 de Abril de 2007, recurso 326/2005, de 21 de Marzo de 2007, recurso 300/2005, ponente: Teso Gamella, María del Pilar. etc.

ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, muy aplicable al caso teniendo en cuenta que esta es la baza fundamental que el acreedor hace valer para intentar exonerarse de responsabilidad.

No se encuentra resolución alguna que haga alusión al artículo 130. 3 de la Ley 30/ 1992, el cual dispone que “cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan”.

Enlazando este precepto con el artículo 43 del Reglamento (el cual dispone que el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero), resulta lógico deducir que el acreedor responderá de forma solidaria tanto si tiene la condición ó no de responsable del tratamiento y aunque explícitamente no venga recogida esa posibilidad en la LOPD. Cabe recordar que al acreedor le incumbe la obligación de asegurarse de que concurren todos los requisitos exigidos en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.

La responsabilidad solidaria administrativa puede observarse en otras leyes como la ley General Tributaria, en cuyo artículo 42 se imputa responsabilidad de forma solidaria a los causantes de una infracción con su correspondiente sanción¹⁹⁵.

En relación con esta cuestión, la postura que defendemos es que el acreedor, que es responsable sin lugar a dudas de una situación que puede ser objeto de infracción y por tanto de sanción, debe responder por sus actos y no una tercera persona que por, quizás, un lapsus terminológico, se vea afectada sin que ella tenga ningún tipo de responsabilidad.

2.4.4.- Responsabilidad del acreedor al amparo del art. 43 del Reglamento 1720/ 2007.

La literalidad del artículo 43 del Reglamento¹⁹⁶ no ofrece lugar a dudas sobre este tema, ya que establece que “el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera

¹⁹⁵Art. 42. LGT. “Responsables solidarios. 1. Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: a) Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción”.

¹⁹⁶ Art. 43 RDLOPD. “Responsabilidad. 1. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común. 2. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.”

facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”. Pero para que esta figura pudiera ser objeto de sanción debe solucionarse, con carácter previo, el problema de que dicho artículo se refiere a la LOPD, y en la misma, el ámbito de responsabilidad se ciñe, como se ha dicho, al responsable del fichero y encargado del tratamiento y que, en principio, el acreedor no tiene ni una ni otra condición.

Procede interpretar el artículo 43 del Reglamento para poder decidir si al amparo de la LOPD el acreedor puede ser sancionado ó no, y si se cumple el principio de tipicidad, sin tener que recurrir a su condición de responsable del tratamiento, responsable del fichero ó responsable solidario.

Siguiendo un criterio teleológico, atendiendo al espíritu y la finalidad del artículo 43 del Reglamento, la atribución de forma expresa e inequívoca responsabilidad al acreedor, significa que debe responder por sus actos ilícitos de tal forma que pueda ser sancionado.

Respecto a la interpretación normativa por parte de los tribunales cabe invocar la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de Marzo de 2007¹⁹⁷, en cuyo Fundamento Jurídico cuarto se hace constar que, “en este orden de cosas, la infracción del principio de legalidad, que se invoca por la recurrente, en conexión con la tipicidad de la conducta sancionada, debemos señalar, que la legalidad comporta, además de la vertiente formal de la reserva de Ley, una garantía material que impone una previa determinación normativa de los ilícitos administrativos con suficiente grado de certeza, lo que se conecta con la tipicidad que exige esa predeterminación normativa de las conductas constitutivas de infracciones administrativas (artículo 129.1 de la Ley 30/1992), y de las sanciones aplicables a las mismas (artículo 129.2 de la expresada Ley). Esta predeterminación desempeña una función de garantía mediante la cual se tiene una predicción razonable de la conducta ilícita y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la comisión de dicha conducta, dicho de otra forma, la tipicidad es suficiente si consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra. En definitiva, la tipicidad es el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad que junto a la exigencia de una *lex previa*, hay también una *lex certa* (STS 20 de diciembre de 1999¹⁹⁸)”.

Es evidente que, en el caso del artículo 43 del Reglamento, existe una predeterminación inteligible que conduce a la solución de que si se considera al

¹⁹⁷SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 28 de Marzo de 2007, recurso 303/2005, ponente Teso Gamella, María del Pilar.FJ cuarto.

¹⁹⁸STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, sección 4ª, de 20 de diciembre de 1999, recurso 429/ 1997, ponente Fernández Montalvo, Rafael, FJ quinto.

acreedor como persona administrativamente responsable es para que pueda ser sancionado porque si no, no se entendería el porqué de la imputación de esta responsabilidad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1990¹⁹⁹, considera que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional²⁰⁰ que “el derecho fundamental proclamado en el art. 25.1 de la Constitución, de aplicación incluso en el campo del ordenamiento sancionador administrativo, comprende la imperiosa necesidad de la predeterminación normativa, tanto de las conductas ilícitas, como de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción y las sanciones aplicables, así como que las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones tengan rango legal, por cuanto el término legislación vigente es expresión de una reserva de Ley”.

En este sentido, el artículo 43 del Reglamento contempla la atribución de responsabilidad al acreedor por la comisión de unos actos concretamente determinados que constituyen una infracción, la cual tiene aplicada su correlativa sanción en la LOPD, existiendo entre la infracción y la sanción una certeza y efectiva correlación.

La tipicidad de la responsabilidad del acreedor queda determinada, sin lugar a dudas, en el citado artículo 43 del Reglamento, reuniendo los requisitos exigidos en la LO 30/1992. En el artículo 129 de dicha ley se recoge que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, y que únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. En el este caso, la infracción se encuentra tipificada en el artículo 44 de la LOPD²⁰¹ y la sanción correspondiente en el art. 45. 2 LOPD²⁰².

Lo expuesto hasta el momento resulta más relevante si tenemos en cuenta que la protección de datos es un derecho fundamental (reconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000) y, como tal, es susceptible de la especial

¹⁹⁹STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, Sentencia de 5 de Diciembre de 1990, Fundamento Jurídico Tercero.

²⁰⁰Cabe destacar las Sentencias del TC de fechas 3 de octubre de 1983, 7 de abril de 1987, 8 de junio de 1988 y 6 de febrero de 1989.

²⁰¹Art. 44, 3, c LOPD. “Tipos de infracciones Son infracciones graves: c) Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”.

²⁰²Art. 45 LOPD. “Tipo de sanciones 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros”.

protección y regulación que dispone la Constitución Española, vinculando a todos los poderes públicos²⁰³. En ningún caso, una cuestión puramente terminológica que no conceptual, puede llevar a situaciones de inseguridad jurídica cuando la finalidad del precepto no ofrece lugar a dudas, inseguridad jurídica que no debe restringir los derechos individuales, como pudieran ser los de los propios consumidores, tal y como se establece en la Constitución²⁰⁴.

El carácter administrativo y no civil de la responsabilidad contemplada en el artículo 43 del Reglamento es obvio, siéndolo también que la responsabilidad civil existe con independencia de que se plasme o no en la ley, al ser aplicable en todo caso el art. 1902 del Código civil²⁰⁵. Por otro lado, no se atribuye responsabilidad al acreedor por los daños que haya podido causar, como así se contiene en el artículo 19 de la LOPD²⁰⁶, sino que la responsabilidad viene derivada de la inexistencia o inexactitud de los datos que se hubieran facilitado para su inclusión en el fichero de morosos, sin que se haga alusión al daño que se configura como elemento vertebrador de toda reclamación civil al amparo del artículo 1.902 del C.c., por lo que se puede concluir que la responsabilidad contemplada en el artículo 43 del Reglamento tiene un carácter exclusivamente administrativo.

2.4.5.- Conclusiones respecto a la responsabilidad del acreedor.

El acreedor es responsable administrativo en aquellos casos en que le sea imputable una acción u omisión de las contempladas en los artículos 38 y 39 del Reglamento (requisitos para la inclusión de los datos e información previa a la inclusión), con independencia de si se considera que dicho acreedor tiene la consideración de responsable del fichero o de responsable del tratamiento. Mantener la teoría de que el acreedor no puede ser sancionado, a pesar de ser el causante del acto ilegal, por no recogerse esta posibilidad en el régimen sancionador de la LOPD, mermaría claramente el cumplimiento del principio de

²⁰³Art. 53 LOPD “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

²⁰⁴Art. 9. 3 CE. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

²⁰⁵Art. 1902. C.c. “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

²⁰⁶Art. 19 LOPD “Derecho a indemnización. 1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

la calidad de los datos ya que se produciría una situación de vacío legal e inaplicación normativa.

Como se ha expuesto anteriormente, algún autor estima que el hecho de considerar a un acreedor como responsable del tratamiento es un subterfugio para poder imputarle responsabilidad²⁰⁷. Es posible que así sea, toda vez que el juzgador pudiera ser consciente de que un autor material de unos hechos contemplados como ilícitos en una ley estaba quedando impune, creándose una situación a todas luces injusta. Sin embargo, la figura del acreedor como tal puede ser considerada como un sujeto responsable de unas infracciones que tienen aparejadas unas sanciones concretas. El Reglamento, lógicamente, es posterior a la LOPD, y este Reglamento, al amparo del artículo 129. 3 de la Ley 30/1992, puede introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyen a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. Podemos concluir diciendo que el Reglamento concreta y aclara una responsabilidad que resultaba un tanto confusa en la Ley que desarrolla, sin que podamos olvidar que en la primera etapa de la promulgación de la Ley ya se consideró que el acreedor era responsable, sin que todavía se hubiera publicado el Reglamento. A pesar de ello, durante escasos dos años el Tribunal Supremo no consideró al acreedor como responsable, con independencia de que su doctrina no fue seguida por la jurisprudencia menor ni por la Agencia de Protección de Datos, las sentencias hacían referencia a la LORTAD y no a la LOPD. Por tanto, el acreedor es un agente responsable más pudiendo ser objeto de sanciones previstas en la LOPD por las infracciones que haya podido cometer.

2.5.- EL CONSUMIDOR

De todas las personas que intervienen en el ámbito del artículo 29 LOPD no se puede dejar de hacer referencia al “afectado” que tiene, además, la condición de consumidor en la mayoría de los casos

En el entorno de la protección de datos, el consumidor es el gran protagonista cuya protección debe quedar garantizada. Aunque la LOPD se refiera a las personas físicas (pudiendo llegar a extenderse a aquellos profesionales que no tengan la consideración de consumidores), la inmensa mayoría de las personas que engloban las listas de morosidad tienen el carácter de consumidor, como consecuencia de actos de consumo en el sector financiero y de la telefonía.

²⁰⁷En este sentido PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 341.

Para CARRANCHO HERRERO²⁰⁸, en la mayoría de los casos, la parte afectada tiene la condición de consumidor por lo cual se puede estar conculcando la normativa que les protege de forma específica. PALOMAR OLMEDA²⁰⁹ opina que en toda inclusión de datos en un fichero sobre solvencia patrimonial subyace la necesidad de contemplar los derechos de los consumidores en cuanto a que la utilización de sus datos condiciona las formas de consumo y uso de determinados productos mercantiles.

La protección al consumidor tiene la consideración de un derecho fundamental²¹⁰ regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²¹¹. Esta Ley, en su artículo 8. d), establece que tendrán derecho a recibir una información correcta sobre los diferentes bienes o servicios. Tal y como expone PALOMAR OLMEDA²¹², este principio choca con la posibilidad de que una de las partes no informe sobre la posibilidad de que por una de ellas se lleve a cabo una apreciación individual sobre el cumplimiento de un contrato. Continua diciendo el autor que la aplicación de los derechos de los consumidores imponen una interpretación seriamente restrictiva de las opiniones o consideraciones individuales no adverbadas jurídicamente, formando parte de un conflicto contractual en el que sólo al juez corresponde establecer, ponderados los intereses y alegaciones en juego y la situación real del incumplimiento.

También contempla la Ley una específica protección jurídica frente a las situaciones de inferioridad y subordinación²¹³. La situación de inferioridad negocial queda patente en el entorno de aquellas entidades que son las principales proveedoras de datos a los ficheros de morosos al imponer al consumidor unas cláusulas no negociadas unilateralmente. La Ley 1/ 2007, obliga en estos casos a que dichos contratos se redacten de acuerdo con la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas²¹⁴. Para

²⁰⁸CARRANCHO HERRERO, T. "Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos". *Revista practica derecho de daños*. Nº 91, marzo de 2011. Edit. La Ley, pág. 18.

²⁰⁹PALOMAR OLMEDA, A. *Los ficheros de saldo "0"* ... Obra citada, pág. 17.

²¹⁰Art. 51. 1 CE. "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

²¹¹Art. 1 RDLOPD. "Principios generales. En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado".

²¹²PALOMAR OLMEDA, A. *Los ficheros de saldo "0"*. Obra citada, pág. 26.

²¹³Art. 8 RDLOPD. "Derechos básicos de los consumidores y usuarios. f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión".

²¹⁴Art. 80 RDLOPD. "Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. 1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que

ALBURQUERQUE DOUETTES²¹⁵, esta situación de desigualdad es un hecho patente, estando el interesado en clara situación de inferioridad respecto a las empresas que facilitan datos a ficheros de morosidad, debiéndose tutelar legalmente más a esta figura. Para garantizar el principio de proporcionalidad entre las partes se dictó la Instrucción 1/1995 con la intención de que ningún dato respecto del cual puedan existir dudas en cuanto a su existencia y exactitud fuera incluido en un fichero²¹⁶.

El artículo 123 del RDL 1/ 2007, (apartado relativo a la garantía y servicios postventa), dispone que “salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad”.

Se establece, en consecuencia, una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual, si el consumidor durante los seis meses siguientes a la adquisición del bien o del servicio manifiesta una falta de conformidad, se presumirá que tiene razón, como se pone de manifiesto por autores como VÉRGEZ²¹⁷, AVILÉS GARCÍA²¹⁸, TORRELES TORREA²¹⁹, ESTRUCH ESTRUCH²²⁰, en el Libro Verde de la UE sobre consumo²²¹, y en la propia jurisprudencia²²². Por tanto, habrá que entender que ante una reclamación de un deudor durante el indicado plazo, no debería en ningún caso procederse a la inscripción de la deuda, debiendo el acreedor probar

promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: C:)Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”.

²¹⁵ALBURQUERQUE DOUETTES ARAÚJO, L. Obra citada, pág. 190.

²¹⁶AGPD. Informe jurídico 73/ 2005, pág. 2.

²¹⁷VÉRGEZ, M. *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. Edit. Aranzadi. Pamplona. 2004, pág. 77.

²¹⁸AVILÉS GARCÍA, J. *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina Normativa y jurisprudencia*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia 2007, pág. 1.116.

²¹⁹TORRELLES TORREA, E. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Edit. Colex. Madrid 2011, págs. 1.100 – 1102.

²²⁰ESTRUCH ESTRUCH, J. *Derecho privado de consumo*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006, págs. 469.470.

²²¹ Libro Verde de la UE sobre consumo, págs. 45 y ss.

²²² Entre otras, SAP de Zamora de 13 de septiembre de 2005, SAP de La Coruña de 10 de septiembre de 2008, SAP de Córdoba de 9 de febrero 2007 y SAP de La Coruña de 5 de Mayo de 2008, SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2007, SAP de Vizcaya de 26 de junio de 2007, SAP de Albacete, sec. 2ª, de 6 de abril de 2010, recurso. 314/2009, ponente: Marín López, Manuel Jesús FJ octavo, SAP de A Coruña, sec. 6ª, de 13 de abril de 2010, recurso 367/2008, ponente: Castro Calvo, Leonor, FJ segundo, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, Sentencia de 4 de Octubre de 2011, recurso 342/ 2011, ponente: Moscoso Torres, Pablo José, FJ segundo, SAP de Cádiz, sec. 5ª, de 8 de septiembre de 2010, recurso 723/2009, ponente: Sanabria Parejo, Ángel Luis, FJ primero, SAP de Albacete, sec. 1ª, de 3 de diciembre de 2010, recurso 48/2010, ponente: González Carrasco, María del Carmen, FJ quinto, SAP de Las Palmas, sec. 5ª, de 28 de enero de 2011, recurso 131/2010, ponente: García de Yzaguirre, Mónica, FJ tercero, SAP de A Coruña, sec. 3ª, de 6 de febrero de 2012, recurso 25/2012, ponente: Fernández-Porto García, Rafael Jesús, FJ cuarto, SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª, de 27 de abril de 2012, recurso 189/2012, ponente: Alfonso Rodríguez, Elvira, FJ cuarto.

la certeza de la misma. Supuesto habitual en este caso lo encontramos en el sector de la telefonía e internet donde sucede que un consumidor se niega a pagar unas facturas porque no le han suministrado el servicio ofrecido. Pero si se deja de abonar y a pesar de sus reclamaciones, con toda probabilidad podrá comprobar cómo sus datos son incluidos en un fichero sobre morosidad²²³ sin que esta presunción *iuris tantum* a favor del usuario venga siendo aplicado en la práctica. No cabe duda que tanto los servicios y productos financieros como los del entorno de la telefonía, entran dentro del ámbito de aplicación de esta normativa sobre garantías de los bienes adquiridos al encuadrarse en el ámbito del artículo 115 del RDL 1/ 2007. Este artículo dispone que será de aplicación a los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse, quedando excluidos los productos adquiridos mediante venta judicial, el agua o el gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.

El RDL 1/ 2007, artículo 19, sobre los principios generales y prácticas comerciales, contempla en su ámbito de aplicación los servicios financieros, recogiendo de forma expresa que en relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario²²⁴. La Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo²²⁵, define el contrato de consumo como aquel en el que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de

²²³En este sentido cabe mencionar, a título de ejemplo, sentencias como la de AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 1 de Octubre de 2010, recurso 300/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 19 de Mayo de 2011, recurso 27/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 25 Mar. 2011, recurso 43/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes.

²²⁴Art. 19. 1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias “Principio general y prácticas comerciales ...4. Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales. 5. En relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario”.

²²⁵Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, BOE de 25 Junio.

financiación²²⁶. Y en el artículo 2 se reconoce como parte del contrato al propio consumidor²²⁷. Resulta indudable que los servicios financieros se encuentran englobados en el ámbito de aplicación del RDL 1/ 2007. Relativo al entorno de la telefonía, el Real Decreto 899/2009²²⁸, (carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas), en su exposición de motivos se hace constar que “...esta protección específica del usuario de telecomunicaciones se añade, además, a la que todo consumidor y usuario tiene conforme a la legislación general de protección de los consumidores, en particular el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como la normativa autonómica dictada en la materia. La complementariedad de ambos regímenes, convierte a las telecomunicaciones en uno de los sectores cuyos usuarios gozan de un mayor nivel de protección” y en el artículo 2 (ámbito de aplicación), se dispone que serán titulares de los derechos reconocidos en este real decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores estarán obligados a respetar los derechos reconocidos en esta disposición. Los derechos reconocidos en este Real Decreto son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y, asimismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios”. Al igual que en el caso anterior, el RD concerniente a los derechos de los consumidores es plena y expresamente aplicable al sector de la telefonía.

Por consiguiente, el consumidor es la persona a la que más le afecta la operativa de los ficheros de morosidad, debiendo respetarse sus derechos fundamentales, tanto el propio como consumidores como el relativo a su protección de datos. Puede observarse que en la práctica no es así al no proporcionarse una adecuada información en el momento de la celebración del contrato sobre la inclusión de sus datos en un fichero de morosidad²²⁹. De todas formas, aunque se le informe

²²⁶Art. 1. Ley 26/2011.

²²⁷Art. 2. Ley 26/ 2011.”Partes del contrato de crédito 1. A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

²²⁸Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. BOE 30 Mayo

²²⁹En este sentido, cabe citar, entre otras, sentencias de la AN, Sala de contencioso administrativo, Sección 1ª, de 19 de octubre de 2006, recurso 56/ 2005, ponente Fernández García, José Arturo, FJ segundo, de 16 de enero de 2008, recurso 239/ 2006, ponente Buisán García, María Nieves, FJ segundo, de 31 de mayo de 2006, recurso 55/ 2005, ponente Guerrero Zaplana, José, FJ tercero, de 6 de junio de 2007, recurso 132/ 2005, ponente Guerrero Zaplana, José, FJ cuarto y quinto, de 27 de febrero de 2008,

sobre la posibilidad que de forma unilateral se pueda establecer la deuda y comunicarla a un fichero común, esta cláusula tendría la consideración de abusiva ya que sería negociada individualmente en contra de las exigencias de la buena fe causando, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en sus derechos²³⁰, no pudiendo limitar o privarle de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas²³¹. Tal y como se expondrá en próximos apartados, según se está llevando a cabo la operativa relativa a los ficheros de morosidad, se están inculcando los derechos de los consumidores encontrándose, en las relaciones contractuales, en una posición de inferioridad al tener que firmar unas cláusulas no negociadas, yendo en contra el principio de justo equilibrio contemplado en el RDL 1/ 2007 sin que tampoco sea tenida en cuenta la presunción “iuris tantum” establecida en dicho RD.

recurso 358/ 2006, ponente Buisán García , María Nieves, FJ tercero, de 9 de mayo de 2007, recurso 335/ 2007, ponente Guerrero Zaplana, José, FJ tercero.

²³⁰Art. 82.1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

²³¹ Art. 86. RD 1/ 2007.

CAPÍTULO 3

ELEMENTOS OBJETIVOS

CAPÍTULO 3

ELEMENTOS OBJETIVOS (ART. 29 LOPD)

3.1.- COMUNICACIONES AL AMPARO DEL ARTICULO 29 LOPD

En todo tratamiento de datos sobre la inclusión en ficheros de morosidad deben producirse cuatro comunicaciones entre las diferentes personas que intervienen. En concreto:

1. El acreedor debe **informar** con carácter previo al deudor sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como recabar su consentimiento para, en su caso, ceder los datos a una empresa de información de solvencia patrimonial.
2. El acreedor, ante un impago, tiene que **requerir** al deudor para que cumpla con su obligación de pago.
3. El acreedor cederá los datos del presunto moroso a la empresa de información sobre solvencia patrimonial.
4. La empresa de información sobre solvencia patrimonial tiene que **notificar** al deudor la inclusión de sus datos en sus ficheros.

De estas cuatro comunicaciones, tres suponen un requisito que deberá ser contemplado en la inclusión de datos en un fichero de morosos (informar, requerir y notificar) para que el cuarto (la cesión), sea legalmente llevada a cabo, por lo que serán las tres primeras las contempladas en este apartado.

3.1.1.- Información

El artículo 39 del Reglamento, dispone que "el acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior²³², 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".

²³²Art. 38 RDLOPD. "Requisitos para la inclusión de los datos. 1. c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación".

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de Julio 2010²³³, anuló algunos de los preceptos del Reglamento de desarrollo de la LOPD, resolviendo también respecto a la petición de anulación de este artículo 39 en el sentido de dejar sin efecto la obligación de informar, exponiendo en su Fundamento Jurídico Decimoquinto que "...sostiene la recurrente que el deber que al acreedor impone el precepto no está previsto en la Ley Orgánica. Afirma que ni los artículos 5 y 29.2 de la Ley, ni ningún otro precepto del Texto Legislativo, imponen al acreedor la obligación de información que se contempla en el reglamentario en dos momentos distintos, a saber, al celebrar el contrato y al efectuar el requerimiento, pero lo cierto es que el artículo 5.1 de la Ley sí impone implícitamente la obligación, en cuanto es el acreedor quien está en condiciones de ofrecer el derecho de información que demanda el precepto legal". Hay que significar que el artículo 5.4 LOPD, al expresar que "cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo", ya contempla la práctica de una información con anterioridad²³⁴.

Según lo expuesto, aunque la obligación de informar previa a una posible inclusión de datos en un fichero de morosidad no está expresamente contenida en la LOPD, no por esta razón el artículo 39 del Reglamento debe ser declarado nulo, al apreciarse que la información queda englobada en el derecho de información genérico previsto en la LOPD. A pesar de que el Reglamento dedica un artículo a este particular deber de información, no se prevé una determinada forma para llevarlo a cabo. Resulta lógico pensar que deberá ser por escrito, bien como cláusula contenida en el contrato inicial o en el propio requerimiento de pago. La carga de la prueba respecto a si se ha cumplido o no el requisito de información previa debe entenderse en igual sentido que en el caso de la notificación y requerimiento de pago, correspondiendo al acreedor probar el cumplimiento. No ha sido localizada jurisprudencia exclusiva sobre el incumplimiento de este deber ya que queda englobado, en la práctica, en el incumplimiento del deber de requerir de pago. No se ha encontrado tampoco supuesto alguno en el que a pesar de existir requerimiento de pago no se informó al deudor sobre la posibilidad de ser incluido en un fichero sobre solvencia patrimonial. Por el contrario, sí son numerosas las sentencias que terminan por

²³³STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 15 de Julio de 2010, recurso 23/2008, ponente: Trillo Alonso, J. Carlos. Nº de recurso: 23/2008.

²³⁴ En PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 6.

condenar al responsable del fichero por incumplir con la obligación de informar al titular de los datos desde un punto de vista generalizado²³⁵.

3.1.2.-El Requerimiento

Mediante el requerimiento de pago, se pretende reforzar el principio de proporcionalidad entre acreedor y consumidor y que no existan dudas sobre la existencia y exactitud del dato que va ser incluido en el fichero, reduciendo así las posibilidades de incluir en un fichero de esta naturaleza un dato erróneo. Así lo entiende la propia Agencia de Protección de Datos²³⁶.

El incumplimiento del deber de requerir es la causa más importante por la que la AGPD impone sanciones a los acreedores en materia de ficheros sobre solvencia patrimonial. La necesidad de requerir de pago al deudor como requisito previo para la inclusión de sus datos en un fichero de morosidad apareció por primera vez en la Instrucción 1/1995²³⁷, sin que nada se diga en la LOPD pero sí en el Reglamento 1720/ 2007, (artículo 38 1c)²³⁸.

A diferencia de la obligación de notificar al interesado cuando sus datos han sido incluidos en un fichero de morosidad, donde se hace un desarrollo pormenorizado de esta obligación, no ocurre lo mismo en el caso del requerimiento de pago.

Ciertamente, en el Reglamento se hace alguna alusión más al requerimiento que en la Instrucción 1/ 1995, pero en ningún caso lo desarrolla. El artículo 38 del Reglamento lo contempla como un requisito más para poder incluir unos datos en

²³⁵Cabe citar las sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 25 de marzo de 2009, recurso 358/ 2008, ponente Buisán García, de 25 de Marzo de 2009, recurso. 358/2008, ponente: Buisán García, María Nieves, de 23 de Noviembre de 2005, recurso 150/2004, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 1 de Abril de 2009, recurso 44/2008, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 8 de Mayo de 2009, recurso 514/2007, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 29 de Octubre de 2008, recurso 538/2007, ponente: Buisán García, María Nieves, de 18 de Junio de 2008, recurso 268/2007, ponente: Buisán García, María Nieves, de 16 de Enero de 2008, recurso 239/2006, ponente: Buisán García, María Nieves, de 26 de Enero de 2001, recurso 939/1999, ponente: Jiménez Hernández, Antonio y STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, de 18 de Septiembre de 2006, recurso 274/2002, ponente: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas.

²³⁶ AGPD, Informe Jurídico 273/ 2005, pág. nº 2.

²³⁷ Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, b) Requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación.

²³⁸Art. 38 RDLOPD. “Requisitos para la inclusión de los datos. 1. 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:c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”.

un registro de morosidad²³⁹ y en ese mismo artículo, en su apartado 3º, se obliga a conservar la prueba de la práctica del requerimiento²⁴⁰. Esta disposición es un tanto contradictoria ya que por un lado no exige mandar el requerimiento de pago de una forma determinada, pudiendo bastar una simple carta y por otro, se exige la prueba del envío. Lo que es cierto es que sí deberá probarlo ante una demanda judicial ya que la jurisprudencia viene castigando esta falta de prueba²⁴¹. Y por último, el artículo 39 del Reglamento, relativo a la información previa a la inclusión, tan solo dispone que cuando el acreedor requiera de pago al deudor deberá informarle sobre la posibilidad de incluir sus datos en registro de

²³⁹Art. 38 RDLOPD. “Requisitos para la inclusión de los datos 1. 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: ...c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”.

²⁴⁰Art. 38 RDLOPD. “Requisitos para la inclusión de los datos. 3. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente”.

²⁴¹Cabe citar las sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Junio de 2011, recurso nº 306/2010, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 1 de octubre de 2010, recurso nº 300/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa., de 1 de diciembre de 2008, recurso nº 71/2008, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 11 de marzo de 2011, recurso nº 483/2009, de 16 de julio de 2009, recurso nº 444/2008, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 17 de febrero de 2011, recurso nº 177/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 19 de mayo de 2009, recurso nº 501/2008, ponente: Lesmes Serrano, Carlos de 19 de mayo de 2011, recurso nº 27/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 28 de abril de 2011, recurso nº 624/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 29 de abril de 2010, recurso nº 771/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 8 de junio de 2009, recurso nº 372/2008, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 11 de junio de 2008, recurso nº 147/2007, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 12 de noviembre de 2007, recurso nº 351/2006, ponente: Lesmes Serrano, Carlos., de 15 de julio de 2010, recurso nº 897/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 17 de julio de 2008, recurso nº 154/2007, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes., de 17 Sep. 2010, recurso nº 430/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 18 de abril de 2007, recurso nº 259/2005, ponente: Buisán García, María Nieves, de 18 de mayo de 2006, recurso nº 530/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 18 de junio de 2008, recurso nº 541/2007, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 20 de abril de 2006, recurso nº 555/2004, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 2 de enero de 2007, recurso nº 291/2004, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 25 de abril de 2007, recurso nº 315/2005, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 2 de junio de 2008, recurso nº 193/2007, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 27 de febrero de 2008, recurso nº 53/2007, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 27 de mayo de 2010, recurso nº 31/2009, ponente: Buisán García, María Nieves, de 27 de junio de 2007, recurso nº 244/2005, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 4 de marzo de 2010, recurso nº 223/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 4 de mayo de 2007, recurso nº 327/2005, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 7 de noviembre de 2007, recurso nº 233/2006, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 8 de octubre de 2009, recurso nº 772/2008, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 8 de marzo de 2006, recurso nº 319/2004, ponente: Buisán García, María Nieves, de 11 de noviembre de 2010, recurso nº 680/2009, ponente: Buisán García, Nieves, de 19 de mayo de 2011, recurso nº 27/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, de 2 de julio de 2010, recurso nº 898/2009, ponente: Buisán García, Nieves, de 20 de octubre de de 2009, recurso nº 225/2009, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 23 de julio de 2010, recurso nº 796/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 25 de marzo de 2010, recurso nº 678/2009, ponente: Buisán García, Nieves, de 26 de noviembre de 2008, recurso nº 366/2007, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 28 de abril de 2011, recurso nº 624/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, de 28 de mayo de 2008, recurso nº 278/2007, ponente: Buisán García, Nieves, de 9 de mayo de 2003, recurso nº 1067/1999, ponente: Benito Moreno, Fernando, de 9 de mayo de 2003, recurso nº 1067/1999, ponente: Benito Moreno, Fernando, SAP de Segovia, de 25 de abril de 2002, nº 121/2002, recurso nº 78/2002, ponente: Palomo del Arco, Andrés, SAP de Segovia, de 25 de abril de 2002, nº 121/2002, recurso nº 78/2002, ponente: Palomo del Arco, Andrés.

morosos²⁴². A pesar de que el requerimiento de pago ya estaba contemplado desde 1995, para RAMOS SUÁREZ²⁴³, la inclusión del requerimiento de pago en el Reglamento ha supuesto una auténtica novedad, quizás porque se le ha tratado con un mayor rango legal que en la Instrucción 1/ 1995, indicando el autor que el gran problema estriba en que resulta en la práctica muy difícil probar el envío correcto del requerimiento, dejando patente que la carga de la prueba la tiene el acreedor debiendo mandar, al menos, una carta con acuse de recibo. Esta situación supone uno de los mayores obstáculos para el tratamiento de datos sobre morosidad, debido fundamentalmente al alto número de morosos y el elevado coste que suponen estos envíos. Según dicho autor, este es el principal problema que tienen las empresas externas de recobro que realizan su labor mediante sistemas de *call center*, sin que puedan probar en la mayoría de las ocasiones el requisito del envío del requerimiento de pago, más aún cuando el deudor sea de los considerados como “profesional” que rehúsan la recepción o cambian de domicilio sin avisar. Teniendo en cuenta la importancia de poder probar el requerimiento, considera que deben observarse los mismos requisitos que se establecen a la hora de comunicar la notificación de la inclusión de los datos en un fichero de morosidad.

Con este requerimiento se persigue proteger al consumidor, por lo que el requerimiento de pago se convierte en algo esencial, debiendo verificarse la entrega del mismo a toda costa²⁴⁴. La AGPD considera que el requerimiento de pago no solo es un requisito legal sino que su función es muy positiva²⁴⁵ ya que se da al deudor la posibilidad de efectuar el pago y evitar de esta manera la inclusión en un fichero de morosidad. También es posible que este último invoque la improcedencia de la deuda reclamada, consideración que el acreedor deberá tener en cuenta y que podrá provocar, igualmente, la no anotación en dichos ficheros, reduciéndose las posibilidades de que se incluyan datos de forma errónea, asegurando de esta forma la tutela de los derechos del consumidor²⁴⁶.

En alguna sentencia se va incluso más allá, al afirmarse que el requerimiento de pago es el medio idóneo para que el acreedor pueda asegurarse de que no está

²⁴² Art. 39 RDLOPD. “Información previa a la inclusión. 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”.

²⁴³ RAMOS SUÁREZ, A. Obra citada, pág. 1.

²⁴⁴ PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 379.

²⁴⁵ http://www.agpd.es/portalwebAGPD/video2_2010-ides-idweb.html.

²⁴⁶ MESA MARRERO, C. Obra citada, pág. 2.064.

cometiendo un error²⁴⁷. Consideramos excesiva esta afirmación ya que, a pesar de que el requerimiento se haya efectuado de forma adecuada, el deudor puede que no haya contestado por múltiples razones, incluso personales, o porque simplemente ya haya entablado una reclamación judicial contra el acreedor. El simple hecho de no contestar a un requerimiento no conlleva de forma inexcusable que la deuda sea correcta; es decir, un requerimiento no convierte una deuda incierta en cierta, lógicamente. Parece aplicarse el principio del silencio positivo en contra de los intereses del consumidor.

Hay otros medios tan idóneos como el anterior para asegurarse de que la deuda sea cierta, como pudiera ser, ni más ni menos, el cumplimiento del resto de los requisitos que la Ley exige a la hora de comunicar los datos a un fichero de morosidad, teniendo cada uno de ellos el carácter de complementariedad respecto a los demás.

La exigencia del requerimiento de pago como obligación necesaria para no incumplir el principio de calidad de los datos queda reconocida en la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2006²⁴⁸. Establece en su Fundamento Jurídico 3º que “... el principio de calidad del dato contenido en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal exige al responsable de un tratamiento de datos su obligación de cerciorarse de que estos responden a la realidad, más cuando se refieren a la morosidad de una persona y que por ello se van a incluir en un fichero de los denominados de solvencia patrimonial, que como correctamente apunta la Abogacía del Estado tiene consecuencia frente a otros acreedores que no lo son de quien es incluido en el mismo y que afecta a éste último de forma muy decisiva en sus relaciones económicas”. Y en el Fundamento Jurídico Cuarto se insiste en la importancia de cumplir todos los requisitos como lo es el requerimiento de pago para poder incluir unos datos en un fichero de morosidad, prevaleciendo en cualquier caso el derecho fundamental a la protección de datos frente a cualquier duda sobre el cumplimiento de los aludidos requisitos. En concreto, se hace constar que “obviamente, la inclusión de personas en estos ficheros se ha de hacer de forma muy rigurosa, y de ahí la referida normativa que exige una serie de requisitos para ello, estableciendo la mencionada Instrucción una presunción de no inclusión cuando exista un principio de prueba documental que ponga en duda la concurrencia de estos requisitos necesarios. Ello es lo que ocurre en este caso, con independencia de las discusiones jurídicas sobre la naturaleza y efectos del contrato de préstamo, pues

²⁴⁷SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 25 de mayo de 2006, recurso 50/ 2005, ponente: Guerrero Zaplana, José, Fundamento de Derecho Cuarto.

²⁴⁸SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2006, recurso nº 383/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, Fundamento Jurídico Tercero.

la mencionada normativa de protección de datos de carácter personal tiene como finalidad proteger un derecho fundamental como es el de la intimidad, de ahí que en un caso de inclusión en un fichero de estas especiales características, que afecta gravemente al incluido en sus relaciones económicas con terceros, pues se da publicidad a una insolvencia motivada por incumplimiento de pago de una deuda, se establezca de forma muy tajante que para tal inclusión la información que dé el informante y causante de la misma sea veraz, prevaleciendo ante la duda ese derecho fundamental”.

El hecho de requerir de pago en ningún caso puede suplir la inobservancia de otros requisitos que tutelan de una forma efectiva y material los derechos del consumidor, como lo es el hecho de que la deuda tenga tal condición y, sin embargo, este último requisito es de observancia más relajada por parte de instituciones y Tribunales que el del requerimiento, como se demostrará más adelante.

Para gran parte de la doctrina, como GRACIANO REGALADO²⁴⁹, con la práctica del requerimiento de pago (*interpellatio*), el deudor incurre en mora y por lo tanto sus datos reunirían los requisitos para ser incluidos en un registro de morosidad. La base legal que sustenta esta postura tiene su origen en el artículo 1.100 del Código civil, el cual contempla el supuesto de la *mora debitoris*, disponiendo que “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. CASADO OLIVA²⁵⁰ se incardina en esta línea doctrinal, al afirmar que el deudor es necesario que se constituya en mora en los términos del artículo 1.100 del Código civil.

Otro sector doctrinal, como DIEZ PICAZO, L²⁵¹ entiende que la *mora debitoris* representa uno de los supuestos de incumplimiento de la obligación con imputabilidad al deudor, por lo que recaerá sobre esta persona la responsabilidad contractual derivada de no haber causa que lo exonere. No obstante, considera que la mora hay que conectarla con la idea de tiempo en la que la prestación tiene que cumplirse. Si llegado el vencimiento el deudor no cumple, no por ese motivo incurre en mora aunque sí retardo en el cumplimiento de la obligación²⁵². ALBADALEJO²⁵³ define la mora del deudor como el retraso jurídicamente

²⁴⁹GRACIANO REGALADO, J.C. “Fichero de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF”. *Diario La Ley*. N° 6223 de 4 de abril de 2005. Edit. La Ley, pág. 1.724.

²⁵⁰CASADO OLIVA, O. Obra citada, pág. 194.

²⁵¹DÍEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Edit. Tecnos 1985, pág. 261.

²⁵²En este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Edit. Civitas. Madrid 2009. 3ª edición, págs. 1.292-1.293.

²⁵³En ALBADALEJO, M. *Derecho civil II, un derecho de obligaciones*. Decimocuarta edición, Edit. EDISOFER, Madrid 2011, págs. 186-192.

relevante en el cumplimiento de la obligación que no impide ni hace inútil el cumplimiento tardío²⁵⁴. Señala el autor que la reclamación es un requisito más, necesario para que el deudor entre en mora tratándose de una verdadera exigencia y no bastando el mero recordatorio que dirija el acreedor al deudor, produciendo unas indudables consecuencias como es la posibilidad del devengo de una indemnización posterior y que si con posterioridad a la reclamación, el cumplimiento resultase imposible ya sea por caso fortuito o de fuerza mayor, el deudor vendría obligado al pago (arts. 1.096, 3²⁵⁵, 1.182²⁵⁶, 1.896, 2²⁵⁷ del Código civil). Este retraso, como señala la jurisprudencia, debe ser culpable y no un simple retraso²⁵⁸.

DÍEZ PICAZO, G.²⁵⁹ apunta que la interpelación sólo adquiere sentido en las obligaciones donde vencimiento y exigibilidad no van unidas de forma concreta, haciendo referencia a las obligaciones puras y con plazo inicial de cumplimiento o sometidas a condición suspensiva, de tal manera que hasta que no se solicita el cumplimiento, el deudor sólo tiene obligación de comenzar a cumplir. Considera el autor que esta situación no se da en aquellas obligaciones de eficacia inmediata o automática. No obstante, el acreedor deberá ejercitar las acciones para la satisfacción de su derecho y con la interpelación fijada en aquel momento concreto del incumplimiento y la constitución en mora del deudor; si con posterioridad se produce un incumplimiento aunque fuera de forma fortuita o imposible, le sería imputado el pago al incumplidor. En las obligaciones puras y aplazadas, de no existir la interpelación, podría llegar a afirmarse que el incumplimiento de la obligación vendría aparejado al mismo momento de su nacimiento.

²⁵⁴La STS de 30 de junio de 1971, en su considerando cuarto, dispone que la “mora y es el retraso culpable que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío de la obligación, porque si por consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora había incumplimiento o total. cabe citar también las sentencias de 13 noviembre de 1990, 30 de noviembre 21 de diciembre de 1990 y 8 y 28 de setiembre de 2000.”

²⁵⁵Art. 1096. C.c. “Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor. Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.”

²⁵⁶Art. 1182. C.c. “Quedarán extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.”

²⁵⁷Art. 1896. C.c. “El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó”.

²⁵⁸STS de 21 de diciembre de 1954, 23 de octubre de 1957, 18 de junio de 1964, 8 de junio de 1966 y 12 de febrero de 1986.

²⁵⁹DÍEZ PICAZO, G. *La mora y la responsabilidad contractual*. Edit. Civitas. Madrid 1996, págs. 536-538.

La interpelación viene a ser una voluntad unilateral y recepticia que tiene como objeto una intención de producir una modificación en la relación obligacional²⁶⁰. Esta opinión es compartida por autores como BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO²⁶¹. Este autor lleva a cabo una importantísima consideración aplicable al trabajo. Señala que los efectos de la mora deberán ser considerados *ex lege* es decir, que no podrán quedar al arbitrio del declarante. En su opinión, la deuda quedará establecida mediante un procedimiento judicial concreto marcando la interpelación el inicio del mismo, negándose eficacia y validez a aquellas notificaciones extrajudiciales que realice el acreedor informando o recordando la deuda.

Por su parte, VERDER SERVER²⁶² recuerda que la mora es algo distinto a un incumplimiento de las obligaciones. El legislador, mediante la institución de la mora del deudor lo que hace es regular la posibilidad de la traslación de los riesgos. En la práctica, desde el momento en que se entienda constituida en mora un deudor, es decir, desde el momento en el que se hayan traspasado los riesgos, no podrá exonerarse de responsabilidad, ni su obligación quedará extinguida por cualquier imposibilidad sobrevenida. Para este autor, con la norma contenida en el art. 1.100 del Código civil, se resuelve el problema de la determinación del momento en que opera la traslación de riesgos en todas aquellas obligaciones en las que no ha existido una previa distribución legal o convencional de los mismos, como es el caso de las obligaciones puras, condicionales, y con plazo inicial de cumplimiento.

Según se desprende de lo expuesto, queda patente cómo con la reclamación no se entiende acreditado que el deudor deba cantidad alguna, sino que se producen una serie de situaciones que pueden ser beneficiosas para el acreedor, como la procedencia de una indemnización que podrá medirse en intereses de demora o, que si después de llevar a cabo la reclamación de la obligación, aunque sea de forma fortuita ó deviniera imposible, no por ello al deudor podrá exonerarse de indemnizar al acreedor. SALAS CARCELLER²⁶³ afirma que la consecuencia de la mora es, en aplicación del art. 1.101 C.c., que el deudor queda sujeto a la

²⁶⁰ STS de 8 de mayo de 2008, "...es declaración de voluntad unilateral y recepticia que hace el acreedor al deudor, extrajudicialmente, (así, requerimiento notarial), o judicialmente (por la interposición de la demanda) de la prestación concreta y determinada que éste debe cumplir".

²⁶¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R. Obra citada, pág. 1293.

²⁶²VERDERA SERVER, R. *Código civil comentado*. Volumen III, Libro IV, De las obligaciones y los contratos. Teoría General de la obligación y el contrato. Edit. Thomson Reuters. Civitas. Madrid 2011, págs. 88-90.

²⁶³SALAS CARCELLER, A. *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Edit. Sepin. Madrid 2009, págs. 2.933 y 2934.

indemnización de los daños y perjuicios que cuando se trate de una obligación de pago consistirá en el pago de intereses²⁶⁴.

Recordemos que, para que se constituya un deudor en mora deben darse los siguientes requisitos:

1. Obligación de hacer.
2. Intimación del acreedor al deudor. Necesidad de requerimiento después del vencimiento.
3. Exigibilidad de la obligación. La deuda debe estar vencida y ser exigible.
4. Culpabilidad o dolo del deudor. No existirá mora en el caso de caso fortuito o fuerza mayor²⁶⁵. La culpabilidad del deudor se presume *iuris tantum*²⁶⁶.
5. Liquidez de la deuda. Cuando la liquidez de la deuda deba determinarse mediante una rendición de cuentas entre deudor y acreedor y no hubiera acuerdo, se requiere la intervención de la autoridad judicial. La sentencia de 28 de febrero de 1975²⁶⁷ declara, como doctrina del Tribunal Supremo, que “no existe mora cuando la cantidad solicitada resulta ilíquida, o sea, cuando para conocer la cuantía de la deuda se precisa seguir el juicio”. Igualmente, en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 1973²⁶⁸, se considera ilíquida cuando se pide más de lo debido.

Según lo dicho, parece desprenderse que la carga de la prueba sobre la no existencia de la deuda, una vez practicado el requerimiento, recae sobre el deudor pero lo cierto es que para que el requerimiento, *interpellatio*, genere una situación de mora técnica la obligación debe ser válida y exigible. Es decir, por la simple reclamación del pago no estaría legitimado el acreedor para ceder la deuda a una empresa sobre solvencia patrimonial ya que la deuda deber resultar exigible.

Por otro lado, el hecho de que la palabra “morosidad” coincida con la que de forma habitual se conoce a los ficheros sobre incumplimiento de obligaciones económicas, (ficheros de morosidad), no quiere decir en ningún caso que, aunque

²⁶⁴Art. 1108. C.c. “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños Y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.”

²⁶⁵Art. 1108 C.c. “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”

²⁶⁶Art. 1.183 C.c. “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario.”

²⁶⁷STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de febrero de 1975, Considerando cuarto, ponente Cantos Guerrero, Antonio.

²⁶⁸STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 1973, Considerando Primero.

sí se dieran los requisitos previstos en el artículo 1.100 del Código civil, ya pudieran inscribirse los datos del deudor en dichos ficheros. Al fin y al cabo, el término “fichero de morosidad” no deja de ser un término coloquial sin que quepa hacer una correlación con el de mora técnica contemplada en este precepto. Es más, ni en la LOPD ni en su Reglamento se hace referencia alguna al término “moroso” o “morosidad”.

Tampoco el Reglamento exige que nos encontremos ante un supuesto de mora técnica para incluir los datos en un fichero de morosidad, sino que contempla el requerimiento cómo un requisito autónomo y formal, por lo que no resulta adecuado llevar a cabo analogías al considerar deudores cuando se ha llevado a cabo el requerimiento²⁶⁹. Es decir, que no por el hecho de que una persona haya sido requerida de pago esta se convierte en morosa susceptible de que sus datos puedan ser cedidos a los ficheros referidos, sino que tiene que darse otros requisitos adicionales. Por este motivo, el requerimiento de pago no tiene como objeto denunciar la mora de la deuda sino el cumplir una de las premisas establecidas para poder ceder los datos a un fichero común.

El carácter autónomo del requisito del requerimiento es así considerado por la Agencia Española de Protección de Datos. En su informe jurídico 273/2005²⁷⁰, se hace constar que “el requerimiento no debe ser considerado como requisito necesario para el nacimiento de la deuda, sino como requisito preciso para el tratamiento del dato, debiendo hacerse abstracción de las previsiones contenidas en el derecho privado”. Concluye la Agencia diciendo que “el requerimiento de pago opera como una garantía de cumplimiento de los principios de calidad de datos y enteramente diferenciado de los requisitos establecidos en el derecho en relación con la existencia y exigibilidad de la deuda, sin que sea contrario a las normas de protección de datos”. Según el contenido del informe, no solamente el requerimiento de pago por sí solo no legitima al acreedor para transmitir la deuda sino que, además, de forma expresa, la Agencia dice que dicho requerimiento debe hacerse con independencia de lo establecido en el derecho privado, (como lo es el artículo 1.100 del c.c.). La Audiencia Nacional ha planteado esta cuestión de forma expresa al decir que el requerimiento de pago puede tener efectos puramente civiles pero no afecta a la exigencia del cumplimiento que tiene su origen, exclusivamente, en la normativa específica de protección de datos²⁷¹.

²⁶⁹PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, págs. 379-380.

²⁷⁰AGPD, Requerimiento previo en ficheros de solvencia. Informe 0273/2005, pág. 4.

²⁷¹SAN de fecha 20 de abril de 2006, recurso núm. 555/ 2004. Fundamento Jurídico tercero.

En conclusión, el requerimiento de pago es un requisito autónomo y exigible para poder incluir un dato en un fichero de morosos sin que por sí mismo pueda ser bastante ni para incluir dichos datos ni considerar al deudor como moroso.

Otras leyes que contemplan la *mora debitoris* son el Código de Comercio y la Ley sobre medidas de lucha contra la morosidad. El artículo 316 del Código de comercio estipula que “los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal” y el artículo 63 el cual exige que para poder reclamar una deuda nos debemos encontrar ante un supuesto de mora técnica²⁷². El precepto del Código de Comercio no será analizado ya que en el mismo tan sólo se prevé que pueda existir una situación de mora, sin que se nos diga en qué supuestos se incurre en la misma y, por otra parte, este trabajo se centra en la relación entre los ficheros de morosidad y los consumidores y a estos les es aplicable su normativa particular, no procediendo la aplicación en esta relación el Código de comercio. La Ley 3/ 2004²⁷³, sobre medidas de lucha contra la morosidad²⁷⁴, en su artículo 2 apartado c), tercero, se define el concepto de morosidad como el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago. Al igual que en el caso anterior, tampoco será desarrollado este artículo ya que la ley 3/ 2004 expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los consumidores²⁷⁵.

Mención aparte merece lo relativo a las obligaciones cuya liquidez no está fijada. La doctrina y jurisprudencia son unánimes al entender que no existe mora si hay que determinar un saldo exigible²⁷⁶ o cuando deba determinarse a través de un pleito²⁷⁷. Efectivamente, el principio *in liquidis non fit mora* se encuentra

²⁷²Art. 63 Código de Comercio. “Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial autorizado para admitirla.”

²⁷³Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. BOE 30 Diciembre

²⁷⁴En SÁNCHEZ ARISTI, R. *Comentario al artículo 1100 del CC*. Aranzadi 2011, págs. 1275 y ss.

²⁷⁵Art. 3. LO 3/ 2004, ” Ámbito de aplicación, 2.- Quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley: a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores”.

²⁷⁶Sentencias del TS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1966, ponente Bonet Ramón, Francisco, de 8 de junio de 1966, ponente Ogayar y Ayllón, Tomás, y de 8 de junio de 1981, ponente Serena Velloso, Cecilio.

²⁷⁷STS, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1981, ponente Alegre y Bernardo, Manuel Gonzalo, 26 de junio de 1984, ponente Sánchez Jaúregui, Antonio y de 18 de Febrero de 1984, ponente Sánchez Jaúregui, Antonio. La STS de 26 de diciembre 2001 dispone que “sí bien es cierto que la más moderna jurisprudencia de esta sala ha superado y la tradicional concepción de la regla *in illiquidis non fit mora* por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva, tal jurisprudencia no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio, en que la liquidación del daño producido sólo se produce con la sentencia condenatoria y ello aunque el fallo coincida con la cantidad pedida en la demanda, cuantía está que lo vinculan juzgador en cuanto puede conceder menos de lo

plenamente presente en nuestro ordenamiento como así lo entienden autores como ALBADALEJO²⁷⁸, BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO²⁷⁹, DIEZ PICAZO G.²⁸⁰ y DIEZ PICAZO, L.²⁸¹.

Por lo cual, podemos afirmar que una situación de reclamación del saldo en cuenta corriente o simplemente de crédito, no colocaría al presunto deudor en situación de mora alguna.

3.1.3.-La Notificación

A través de la notificación se pretende sustituir la no necesidad de petición de consentimiento al titular de los datos, intentándose de esta manera preservar en lo posible sus derechos²⁸² y que los datos tratados sean veraces²⁸³.

La notificación al deudor de la inclusión de sus datos en un fichero de morosidad viene recogida en el art. 29 de la LOPD, en su párrafo segundo, y en el artículo 40 del Reglamento de su desarrollo.

En la LOPD²⁸⁴, tan solo se dice que 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 y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos.

En el Reglamento se dedica un artículo específico a este deber de notificación, el 40, en el que además de repetir lo dispuesto en la LOPD, incorpora nuevos requisitos como que se efectuará una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos

pedido". La moderna jurisprudencia viene a decir que aunque la reclamación del acreedor no conlleve la situación de mora técnica respecto o al deudor, no por este motivo el acreedor quedará sin ser indemnizado por los daños y perjuicios que haya podido sufrir, materializados en forma de intereses. Así lo dispone en STS de fecha de 21 de marzo de 1994 y esto es así porque el brocardo *in illiquidis non fit mora*, ha sido atenuado por la doctrina jurisprudencial que introduce importantes matizaciones en su aplicación, no teniendo en la sentencia condenatoria un carácter constitutivo de deuda si no declarativo de la misma y así la completa satisfacción de los derechos del acreedor exigiendo que se elaboren los intereses oportunos. A este respecto cabe citar sentencias del tribunal supremo de 5 de abril de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994, 1 de diciembre de 1997, 9 de noviembre de 2005

²⁷⁸ALBADALEJO, M. Obra citada, pág. 188.

²⁷⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, R. Obra citada, págs. 1292- 1293.

²⁸⁰DIEZ PICAZO G, Obra citada, pág. 532-533.

²⁸¹DIEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Edit. Tecnos. Madrid 1985, pág. 262.

²⁸²En este sentido, CASADO OLIVA, O, obra citada pág. 195.

²⁸³En este sentido, PARRA LUCÁN, M.A., Obra citada, pág. 7.

²⁸⁴Art. 29.2. LOPD.

acreedores²⁸⁵ y que deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que la permita acreditar la efectiva realización de los envíos. También se obliga al responsable del fichero a disponer de medios de prueba que permitan saber si una notificación ha sido devuelta en cuyo caso deberá comprobar junto a la entidad acreedora si el domicilio es correcto, no pudiéndose incluir los datos en tanto no se confirme su exactitud.

La redacción dada en el Reglamento no solo desarrolla el precepto de la LOPD, sino que la amplía e incluso lo matiza. Puede observarse como la LOPD dispone que el responsable, a la hora de notificar, deberá informar acerca de la posibilidad de recibir información. Este precepto resulta incompleto, al no concretarse a qué información concreta se refiere, despejando todas las dudas el Reglamento al referirse a los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

La Agencia de Protección de Datos recomienda que esta comunicación se realice en papel y se envíe utilizando correo ordinario, almacenándose las cartas devueltas por un plazo mínimo de 3 años desde la fecha de devolución²⁸⁶. Resulta criticable cómo para la Agencia es suficiente el envío mediante correo ordinario cuando el mismo no hace prueba de su envío, como sí lo haría una carta certificada con acuse de recibo, problema que se agudiza al tener en cuenta que la jurisprudencia, en el caso de que el deudor niegue la recepción, considera que se produce una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al acreedor el probar el envío, aspecto que tendrá muy difícil si lo ha hecho mediante correo ordinario, lo que provocará la oportuna sanción. La incongruencia es evidente más aún si tenemos en cuenta que el Reglamento requiere que la notificación se haga a través de un medio que permita acreditar la realización de los envíos. Teniendo en cuenta que el Reglamento es posterior a este Informe, debe entenderse que este ha quedado obsoleto.

Sentencias de la Audiencia Nacional como las de fechas 24 de enero de 2003²⁸⁷, 6 de abril de 2005²⁸⁸, 20 de enero de 2006²⁸⁹, 31 de mayo²⁹⁰ y 19 de octubre de

²⁸⁵Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de junio de 1999, donde se condena al responsable del fichero común argumentando que se debe notificar tantas veces como restricciones que se hagan respecto a un titular de los datos.

²⁸⁶AGPD Recomendación 12 de julio de 2002, pág. 4.

²⁸⁷SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 24 de enero de 2003, recurso 51/2001, ponente Calvo Rojas, Eduardo.

²⁸⁸SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 6 de Abril de 2005, recurso 231/2003, ponente: Calvo Rojas, Eduardo.

²⁸⁹SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 20 de Enero de 2006, recurso 241/2004, ponente: Lesmes Serrano, Carlos.

²⁹⁰SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 31 de Mayo de 2006, recurso 55/2005, ponente: Guerrero Zaplana, José.

2006²⁹¹, y 6 de junio de 2007²⁹², y 26 de noviembre de 2008²⁹³, 25 de marzo²⁹⁴, 29 de abril²⁹⁵, 10 de junio, 15 de julio²⁹⁶, 16 de septiembre²⁹⁷ y 14 de octubre de 2010²⁹⁸ y 17 de febrero²⁹⁹ y 28 de abril de 2011³⁰⁰, sostienen que, cuando se niega la recepción de la comunicación, corresponde la carga de su prueba a quien tiene la obligación de realizarla, sin que sea suficiente para su acreditación las meras afirmaciones, aunque lo sean mediante certificación, de parte interesada, doctrina que se comparte plenamente.

Sin embargo, como dispone el artículo 40.4 del Reglamento, cuando la cartas son devueltas, explícitamente se dice que no podrá incluirse el dato en el fichero, por lo que habrá que deducir que mientras no tenga constancia de tal devolución sí podrá mantener el dato de morosidad en sus ficheros, con independencia de saber si lo ha recibido o no o, incluso de poder acreditar que se ha enviado. Puede observarse como se intenta facilitar la labor de la parte empresarial en detrimento del consumidor, ya que si fuera preciso acreditar la entrega de la notificación, no tendría sentido establecer disposición alguna relativa a la prueba de la no notificación mediante la conservación de la carta devuelta porque, se insiste, no se trata de probar la no notificación sino la efectividad de la misma.

La Agencia no siempre ha tenido el mismo criterio sobre la prueba del cumplimiento de la obligación de notificar.

En una primera fase (desde la promulgación de la LORTAD), la Agencia daba por hecha la notificación sin constaba realizada en un fichero auxiliar de la propia entidad titular de los ficheros de morosidad³⁰¹.

²⁹¹ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 19 de Octubre de 2006, recurso 56/2005, ponente: Fernández García, José Arturo.

²⁹² SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 6 de Junio de 2007, recurso 386/2005, ponente Teso Gamella, María del Pilar.

²⁹³ SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2008, recurso 366/2007, ponente: Veiga Nicole, Elisa. FJ cuarto.

²⁹⁴ SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 25 de marzo de 2010, recurso 407/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes. FJ Quinto.

²⁹⁵ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 29 de abril de 2010, recurso 771/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, FJ quinto.

²⁹⁶ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 15 de julio de 2010, recurso 897/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes. FJ Quinto.

²⁹⁷ SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 16 de septiembre de 2010, recurso 840/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes. FJ cuarto.

²⁹⁸ SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 14 de octubre de 2010, recurso 64/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes. FJ quinto.

²⁹⁹ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 17 de febrero de 2011, recurso 177/2010, ponente Sanz Calvo, María Luz Lourdes. FJ Quinto.

³⁰⁰ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 28 de abril de 2011, recurso 624/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes. FJ sexto.

³⁰¹ Así se hace constar en sentencias como las de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 19 de octubre de 2006, recurso 611/2004, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, Fundamento de

Un segundo período arranca con la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 24 de enero de 2003³⁰², donde se enjuicia una resolución de la Agencia de Protección de Datos que acordó el archivo de un expediente sancionador seguido contra ASNEF-EQUIFAX por no haber comunicado la inclusión de determinados datos en su fichero al afectado por los mismos. La razón del archivo encontraba justificación en que los Inspectores de la Agencia habían constatado que en el “fichero de notificaciones” de ASNEF aparecía anotada la realización de las comunicaciones. Para la Agencia resultaba suficiente la anotación contenida en este “fichero de notificaciones” para entender enervada la responsabilidad de ASNEF-EQUIFAX. Frente a este razonamiento, la sentencia de 24 de enero de 2003 afirmó que “ningún precepto legal ni reglamentario exige que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción. Al existir preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación (artículos 5.4 y 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999) y que tipifican como infracción grave el incumplimiento de este deber de información (artículo 44.3.1 de la propia Ley Orgánica) debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado, resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar a los interesados³⁰³”.

Derecho Segundo, de 22 de Febrero de 2006, recurso 343/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, Fundamento de Derecho Segundo, de 31 de Mayo de 2006, recurso 55/2005, ponente: Guerrero Zaplana, José, Fundamento de Derecho Segundo, de 20 de enero de 2006, recurso 241/2004, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, Fundamento de Derecho Cuarto, de 9 de mayo de 2007, recurso 335/2007, ponente : Guerrero Zaplana, José y del, Fundamento de Derecho Quinto, disponiéndose en todas ellas “que si bien es cierto que con anterioridad al año 2003, existía un criterio de la esa Agencia de admitir el fichero de Notificaciones de Asnef como medio probatorio para evidenciar que se han efectuado las notificaciones exigidas por el artículo 29.2 de la LOPD (así se acredita en las resoluciones y Memorias de la Agencia), sin embargo ...”

³⁰²SAN, Sala delo contenciosos Administrativo, Sección 1ª, de 24 de enero de 2003. recurso 51/01, ponente Calvo Rojas, Eduardo. FJ Cuarto.

³⁰³Esta doctrina fue seguida por otras sentencias como las dictadas por la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 2 de Junio de 2008, recurso 193/2007, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 27 de Mayo de 2010, recurso 31/2009, ponente: Buisán García, María Nieves, de 31 de Mayo de 2006, recurso 55/2005, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 4 de Mayo de 2007, recurso 327/2005, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 8 de Marzo de 2006, recurso 319/2004, ponente: Buisán García, María Nieves, de 16 de enero de 2008, recurso 239/2006, ponente: Buisán García, Nieves, de 19 de junio de 2009, recurso 611/2008, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 20 de enero de 2006, recurso 241/2004, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 20 de octubre de 2009, recurso 225/2009, ponente : Lesmes Serrano, Carlos, de 25 de marzo de 2010, recurso. 678/2009, ponente: Buisán García, Nieves, de 26 de noviembre de 2008, recurso. 366/2007, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 29 de octubre de 2008, recurso 538/2007, ponente: Buisán García, Nieves, de 7 de marzo de 2007, recurso 258/2005, ponente: Buisán García, Nieves, de 9 de mayo de 2003, recurso. 1067/1999, ponente : Benito Moreno, Fernando, de 9 de mayo de 2007, recurso 335/2007, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 10 de Junio de 2011, recurso 306/2010,

A pesar de esta doctrina de la Audiencia Nacional, durante once años la Agencia archivó las denuncias por falta de notificación si al visitar uno de sus inspectores las dependencias de la entidad denunciada comprobaba que en uno de sus ficheros aparecía como practicada la notificación. Esta circunstancia no solamente no probaba el envío sino que, incluso, la denunciada podría introducir esa anotación en dichas listas de forma fraudulenta y poder así evitar una cuantiosa sanción. De nuevo, parece apreciarse un trato más favorable a las empresas frente al consumidor, no solo porque a la primera se la facilita enormemente la labor de probar el envío de la notificación sino que, como consecuencia, el consumidor se quedaría sin posibilidad de prueba de ningún tipo y en una clara situación de indefensión.

MESA MARRERO³⁰⁴, comparte la postura de ser necesaria la acreditación de la notificación por parte del acreedor, no bastando con la fórmula del fichero de notificaciones. Considera que, a través de la notificación se podrá detectar si existe o no error en la información registrada y en su caso rectificar o cancelar los datos, pero debe constar el envío no valiendo faxes ni correos electrónicos y debiendo garantizarse la recepción. Sentado lo anterior, ante la negativa del presunto deudor de haber recibido la notificación el responsable del fichero tiene que probar el envío y de no haberlo hecho por un medio que lo acredite, no le queda más remedio que recurrir a indicios para tal fin³⁰⁵.

Por el contrario, RAMOS SUAREZ³⁰⁶, opina que deben facilitarse los criterios para poder incluir los datos en los ficheros de morosos, ya que la Agencia Española de Protección de Datos y la Audiencia Nacional soportan un elevado número de reclamaciones sobre esta materia. No estamos de acuerdo a este respecto porque en ningún caso pueden prevalecer unos intereses de tramitación administrativa en detrimento de la protección de un derecho fundamental como es el relativo a la protección de datos. Por otro lado, si hay tantos procedimientos sobre esta materia es fácil deducir que por parte de los agentes responsables se incumple de manera reiterada esta obligación, siendo en este ámbito en el que habrá que centrar los esfuerzos para que no se produzcan tantas irregularidades que dan lugar al elevado número de reclamaciones, tal y como el autor apunta.

ponente: Veiga Nicole, Elisa, y de 8 de Junio de 2009, recurso 372/2008, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 18 de Abril de 2007, rec. 259/2005, ponente: Buisán García, María Nieves.

³⁰⁴MESA MARRERO, C., Obra citada, pág. 2.065.

³⁰⁵En este sentido, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 20 de enero de 2006, recurso 241/2004, ponente: Lesmes Serrano, Carlos Fundamento de Derecho Sexto, recoge un supuesto de falta información sobre inclusión en el fichero disponiendo que la carga de la prueba corresponde al presunto acreedor, no bastando simples indicios. Las de ese mismo Tribunal de 31 de Mayo de 2006, recurso 55/2005, ponente: Guerrero Zaplana, José. y 9 de mayo de 2007, recurso 335/2007, ponente Guerrero Zaplana, José, estiman el recurso planteado por la entidad sancionada al apreciarse suficientes indicios que prueban la práctica de la notificación.

³⁰⁶RAMOS SUÁREZ, A. Obra citada, pág. 4.

Además, hay que tener en cuenta que toda flexibilización llevaría aparejado un aumento de los errores aportando mayor dosis de inseguridad jurídica. De actuarse según el criterio de este autor, primaría, una vez más, el interés empresarial frente a los derechos del consumidor.

- *Prescripción de la infracción de no notificar.*

La LOPD tipifica como infracción grave la no notificación de la inclusión de los datos en un fichero sobre solvencia patrimonial³⁰⁷ siendo su periodo de prescripción el de tres años³⁰⁸.

La jurisprudencia³⁰⁹ es unánime al entender que el cómputo a partir del cual comienza a contarse el periodo prescriptivo no empieza en tanto no se efectúe la notificación. VIZCAÍNO CALDERÓN³¹⁰ apunta la idea de que nada obsta para que transcurrido el plazo de 30 días pueda notificarse la inclusión que, aunque igualmente sería objeto de sanción, al menos sí empezaría a contar el periodo prescriptivo previsto para las sanciones graves de dos años.

La falta de notificación o su incorrecto cumplimiento viene a ser en la práctica uno de los principales motivos por los que la empresa dedicada a la prestaciones de servicios sobre información de solvencia patrimonial y crédito es sancionada por parte de la AGPD³¹¹.

³⁰⁷Art. 44 LOPD. "Tipos de infracciones. 1. Las infracciones se calificarán como leves, graves o muy graves. 3. Son infracciones graves: ... g) El incumplimiento de los restantes deberes de notificación o requerimiento al afectado impuestos por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo".

³⁰⁸Art. 47 LOPD. "Prescripción. 1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año".

³⁰⁹ Entre otras, TSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1998, 29 de septiembre de 1999, 14 de octubre de 2010, recurso 64/ 2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes.

³¹⁰VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Obra citada, pág. 316.

³¹¹Sentencias del TSJ de Madrid de 3 de Marzo de 2002 y 18 de septiembre de 2003, TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 9ª, de 13 de febrero de 2003, nº 145/2003, rec. 2048/1996, ponente Massigoge Benegiu, Juan Miguel, Sentencia AP de 13 de Ferrero de 2003, Sentencia del TSJ de Andalucía, (sede Málaga) Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de julio de 2002, recurso 989/1997, ponente García Bernaldo de Quiros, Joaquín, Sentencias de la AN, de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª de fechas, 13 de Julio de 2001, recurso 764/1999, ponente: Benito Moreno, Fernando Francisco, AN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 9 de mayo de 2003, rec. 1067/1999, ponente: : Benito Moreno, Fernando, de 6 de abril de 2005, recurso 231/ 2003, ponente Calvo Rojas, Eduardo, de 13 de abril de 2005, recurso 241/ 2003, ponente Calvo Rojas, Eduardo, de 25 de mayo de 2005, recurso 539/ 2003, ponente Buisán García, María Nieves, de 16 de enero de 2008, recurso 239/ 2006, ponente Buisán García, María Nieves, de 18 de febrero de 2009, recurso 129/ 2008, ponente Buisán García, María Nieves, de 25 de Septiembre de 2009, recurso 275/2009, ponente: Maldonado Martínez, José de 8 de Octubre de 2009, recurso 772/2008, ponente: Guerrero Zaplana, José.de 16 de mayo de 2011, recurso 180/ 2010, ponente Buisán García , María Nieves.

Además de los requisitos exigidos respecto a la información, requerimiento y notificación, deben observarse otros, como el de no superar un plazo de permanencia en los ficheros, y el de que la deuda cedida sea veraz.

3.2.- ANTIGÜEDAD MÁXIMA DE LA DEUDA DE SEIS AÑOS

La LOPD establece un límite temporal de antigüedad de la deuda de seis años, para poder incluir los datos relativos a una deuda en fichero sobre solvencia patrimonial y crédito.

Como se expone en las sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 26 de noviembre de 2003³¹² y 29 de septiembre de 2004³¹³, “el acceso y permanencia en los ficheros de titularidad privada que se refieren a la solvencia patrimonial del afectado, conteniendo datos adversos, no puede tener un carácter indefinido, proporcionándonos un perfil sobre la vida y evolución de su solvencia a través de los años, sino que el legislador haya pretendido que la finalidad a la que sirve el fichero se cumple informando solamente sobre la reciente historia de la solvencia patrimonial del afectado estableciendo que ese reflejo histórico no supere los seis años³¹⁴”.

El artículo 29 apartado 4 de la LOPD, dispone 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 aquéllos³¹⁵”.

Según se desprende del precepto, el plazo de seis años parece que tan solo debe aplicarse a los ficheros sobre solvencia patrimonial y no a los relacionados con el

³¹²Sentencias de la AN, de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2003, recurso 1.743/ 2001, ponente Teso Gamella, María del Pilar, Fundamento de Derecho Cuarto.

³¹³ Sentencias de la AN, de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 2 de junio de 2009, recurso 548/ 2008, ponente Buisán García, María Nieves, Fundamento de Derecho Tercero.

³¹⁴ Cabe citar las siguientes sentencias que confirman la sanción impuesta por la AGPD por haber mantenido en los ficheros una deuda de antigüedad superior a seis años. En concreto, SAN, de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 3 de Octubre de 2007, recurso 193/2006, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 20 de Noviembre de 2006, recurso 211/2005, ponente Lesmes Serrano, Carlos, de 30 de Enero de 2008, recurso 340/2006, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 15 de Febrero de 2006, recurso 316/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 7 de Julio de 2000, recurso 343/1999, ponente: Jiménez Hernández, Antonio, de 26 de Noviembre de 2003, recurso 1743/2001, ponente Teso Gamella, María del Pilar, de 13 de Mayo 2011, recurso 46/2010, ponente Veiga Nicole, Elisa, y de 9 de Noviembre de 2005, recurso 852/2003, ponente: Guerrero Zaplana, José.

³¹⁵El Reglamento también se refiere a este plazo en su Art. 41 regulando que los datos deberán ser cancelados cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico.

cumplimiento o incumplimiento de obligaciones económicas. Según opina JIMÉNEZ RIUS³¹⁶, cabe entender que es aplicable a los ficheros de morosidad y así se hace a lo largo de la jurisprudencia. Como hemos expuesto en anteriores apartados, se considera que el artículo 29 LOPD contempla un único tipo de ficheros, reciba el nombre que reciba, siendo esta última circunstancia un hecho palpable más de que así es.

El plazo de seis años no supone una novedad ya que la LORTAD lo recogía igualmente³¹⁷, siendo en esta disposición donde se ofrece una explicación al motivo por el cual se incluye esta limitación temporal. En su exposición de motivos se dice que "con esta limitación temporal se pretende evitar los perjuicios que conlleva el uso de la informática en relación con la situación anterior a su aparición ya que con esta técnica no cabe que con el paso del tiempo los recuerdos queden diluidos". Es decir, el plazo de seis años actúa como medida correctora frente al uso de la informática³¹⁸ operando como una medida encaminada a proteger los derechos de los afectados³¹⁹.

El concreto plazo de seis años no se sabe a qué obedece, ni tiene base técnica alguna³²⁰. Llama la atención que no se corresponda con ningún otro plazo, como pudiera ser el de caducidad de la acción de reclamación de la deuda³²¹. Al tratarse de una deuda civil, bien podría haberse aplicado un plazo en función del tiempo de ejecución de una acción civil pero puede darse la situación de entablarse una demanda y obtener una sentencia condenatoria reconociendo la existencia de una deuda con posterioridad a dicho plazo de seis años. Teniendo

³¹⁶JIMÉNEZ RIUS, P. "Antecedentes legislativos de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales". *Revista Actualidad Administrativa*. Nº 26, 2001, pág. 244.

³¹⁷ Artículo 28, 4 LORTAD. "Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años".

³¹⁸En esta línea se incardina PASCUAL HUERTA, P, en Obra citada, pág. 373.

³¹⁹PLANA ARNALDOS M.C. Obra citada, pág. 387

³²⁰FAGUNDO HERMOSO, A. Obra citada, pág. 79.

³²¹El C.c. prevé diferentes artículos sobre plazo de prescripción para el ejercicio de acciones de reclamación pudiéndose citar el artículo 1.964. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince. El artículo 1966. "Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª La de pagar pensiones alimenticias. 2.ª La de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas o de fincas urbanas. 3.ª La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves. Art. 1967. Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª La de pagar a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran. 2.ª La de satisfacer a los Farmacéuticos las medicinas que suministraron; a los Profesores y Maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, o por el ejercicio de su profesión, arte u oficio. 3.ª La de pagar a los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros o desembolsos que hubiesen hecho concernientes a los mismos. 4.ª La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico."

en cuenta los plazos judiciales, esta situación no es nada desdeñable. Por otro lado, en muchas ocasiones, los Bancos mantienen una relación contractual por mayor tiempo de los indicados seis años, variándose incluso la deuda ya que se va incrementando con los intereses³²².

Pero el incumplimiento de este requisito supone uno de los casos en los cuales el responsable del fichero de morosidad suele resultar responsable junto con el acreedor que ha facilitado los datos³²³. Así como en otras situaciones no cabe imputar responsabilidad al responsable del fichero sobre solvencia patrimonial porque escapa a sus posibilidades conocer la inexactitud de un dato, no ocurre lo mismo ante una deuda con antigüedad superior a seis años. Solo en el supuesto de que el acreedor haya facilitado de forma errónea esta información, el responsable del fichero común podrá verse exonerado de su responsabilidad, situación que no podría darse si la deuda hubiera permanecido en sus ficheros por un periodo superior a seis años. Para PALOMAR OLMEDA³²⁴, el periodo de permanencia de seis años tiene un carácter imperativo de tal manera que incluso los datos no podrán estar más de seis años aunque exista consentimiento del titular de los datos³²⁵.

Este periodo no se refiere a que no deba estar más de seis años en el fichero, sino que la deuda no tenga más de seis años de antigüedad desde su vencimiento³²⁶. Las sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de Noviembre de 2003³²⁷ y 30 de enero de 2008³²⁸ confirmaron una sanción impuesta a una entidad financiera por mantener datos personales de un afectado en un fichero de morosos que tenía una antigüedad superior a seis años, recogiendo la consideración que “el periodo de seis años no se refiere a un periodo de permanencia de los datos en el fichero, sino a que los datos adversos no puedan hacer referencia a unos hechos que se remontan más allá de seis años. Se pretende que el fichero no recuerde hechos sucedidos hace más de seis años”.

³²²VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Obra citada, págs. 327-328.

³²³PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 9.

³²⁴PALOMAR OLMEDA, A. Obra citada, pág. 25.

³²⁵La inobservancia de este requisito de cancelar los datos cuando la deuda tenga una antigüedad superior a seis años ha provocado un buen número de sanciones que han sido confirmadas por la doctrina judicial. Sentencias del TSJ de Madrid de fechas 6 de mayo de 1998, 9 de marzo de 1999 y 17 de febrero de 2000 y de la AN de fechas 29 de septiembre de 2004, recurso 1003/ 2002, ponente Mateo Menéndez, Fernando, de 15 de febrero de 2006, recurso 316/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 3 de marzo de 2000 recurso 444/1999, ponente: Benito Moreno, Fernando Francisco, de 20 de noviembre de 2006, recurso 211/2005, ponente: Lesmes Serrano, Carlos, de 3 de octubre de 2007, recurso 193/2006, ponente Teso Gamella, Pilar y de 30 de enero de 2008, recurso 340/2006, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes.

³²⁶PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 372.

³²⁷SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 26 de noviembre de 2003, ponente Teso Gamella, María del Pilar, Fundamento Jurídico Cuarto.

³²⁸SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, recurso 340/ 2006, de 30 de enero de 2008, Fundamento Jurídico Quinto.

Sobre la determinación del *dies a quo* de los seis años y su cómputo, cabe mencionar las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2000.³²⁹, 8 de junio de 2001³³⁰ y 11 de marzo de 2009³³¹, considerándose en todas ellas que el inicio del plazo comienza con el vencimiento de la obligación incumplida, y si tuviera varios vencimientos, desde el último impagado.

3.2.1.- Especial referencia al periodo de permanencia de los datos en el fichero CIRBE.

Acerca del periodo de permanencia de los datos en un fichero de morosos, mención aparte merece el fichero tutelado por el Banco de España y dependiente del Centro de Información de Riesgos del Banco de España (CIR). Cuando nos referimos al fichero se hará mediante el acrónimo CIRBE. Este fichero es declarado como de naturaleza pública al depender de un organismo público y así establecerse en el artículo 59 de la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero³³². Por este motivo, no resulta aplicable al CIRBE el artículo 29 de la LOPD, (solo aplicable a los ficheros privados) pudiéndose mantener un dato más de seis años y ser consultado por cualquier entidad financiera.

Sin embargo, el CIRBE coexiste en el mercado financiero con los ficheros privados sobre información de solvencia patrimonial, cumpliendo análoga función que estos últimos, pero teniendo una serie de privilegios respecto a ellos. Por ejemplo, todas las entidades declarantes tienen la obligación de facilitar información al CIR, a diferencia de las empresas privadas cuya aportación de datos es voluntaria³³³.

³²⁹AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 3 de Marzo de 2000, recurso 444/1999, ponente: Benito Moreno, Fernando Francisco.

³³⁰AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Junio de 2001, recurso 763/1999, ponente: Benito Moreno, Fernando Francisco.

³³¹AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 11 de Marzo de 2009, recurso 133/2008, ponente: Veiga Nicole, Elisa.

³³²Art. 59. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. “Naturaleza y objetivos de la Central de Información de Riesgos Primero. La Central de Información de Riesgos (en adelante CIR) es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades declarantes a que se refiere el apartado primero del artículo siguiente, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito, 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; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas”.

³³³Artículo 60, primero Ley 44/ 2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Otra de las características del fichero CIRBE aplicable al plazo de permanencia de los datos deudores, es que pueden permanecer hasta diez años³³⁴ (en vez de los seis de antigüedad de la deuda), y durante este tiempo puede ser consultado por las entidades declarantes.

Para poder tener acceso durante estos diez años a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas, estas deben cumplir alguna de las circunstancias siguientes³³⁵:

- a) Mantener con la entidad algún tipo de riesgo.
- b) Haber solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo.
- c) Figurar como obligadas al pago o garantes en documentos cambiarios o de crédito cuya adquisición o negociación haya sido solicitada a la entidad.

También incluye el artículo 61 de Ley 44/2002 una cláusula correctora de cinco años³³⁶, en el sentido de limitar el contenido de los informes que entregue el Banco de España a los datos facilitados por las entidades declarantes durante los cinco años anteriores a la petición. Por tal motivo, podría facilitarse información de una deuda de once años menos un día de antigüedad. Cabe pensar en el supuesto de que una entidad facilite la información un día antes de los seis años de antigüedad de la deuda. Teniendo en cuenta el plazo de cinco años, la suma de ambas daría el indicado plazo de once años menos un día. No cabe sino deducir que deja sin efecto el de seis años referidos a los ficheros privados (art. 29 LOPD), ya que el CIRBE ha evolucionado pasando de ofrecer un servicio público que elabora informes o previene al sector financiero ante riesgos excepcionales³³⁷ a operar como un auténtico fichero privado que sirve a los intereses particulares. Las empresas bancarias utilizan esta información “pública”

³³⁴Art. 64. Primero, Ley 44/2002. “Los datos registrados en la C.I.R. se conservarán durante diez años contados desde la fecha a la que se refieran, cancelándose una vez transcurrido dicho plazo. No obstante, podrán conservarse indefinidamente mediante procedimientos que no permitan la identificación del afectado, atendiendo a sus valores históricos, estadísticos o científicos. También podrán conservarse indefinidamente los datos que identifiquen a las personas jurídicas para permitir el ejercicio de las finalidades contempladas en los guiones segundo y tercero del apartado primero del artículo 59 de la presente Ley.”

³³⁵Art. 61 Ley 44/2002.

³³⁶Art. 61 Ley 44/2002. “Información sobre los datos declarados. Tercero. El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, el Banco de España determinarán el contenido, forma y periodicidad de los informes a que se refieren los apartados anteriores. Los informes referidos a personas físicas sólo podrán incluir los datos registrados en función de las declaraciones de los últimos cinco años recibidas de las entidades declarantes...”

³³⁷Así expuesto en el Art. 16 del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio de Nacionalización y Reorganización del Banco de España.

para su operativa diaria, con la particularidad de que en esta ocasión disponen de deudas mucho más antiguas referidas a sus clientes o posibles clientes que la contenida en ficheros privados como ASNEF ó RAI. La ventaja que para las entidades financieras supone la existencia del CIRBE se extiende, además, a obtener la información agregada de todo el sistema para sus acreditados, con todos los datos. Así consta de forma detallada en la Circular 3/ 95 del Banco de España³³⁸ en cuya norma octava, referida al uso de la CIR por los declarantes, de forma pormenorizada se indica la forma mediante la cual el Banco de España remitirá mensualmente a cada entidad declarada la información agregada de todo el sistema, contemplando también este apartado que “previa solicitud en la que conste el nombre del titular y su código de identificación, también se proporcionará información similar a la del apartado anterior, referida a cualquier titular no declarado por la entidad peticionaria que haya solicitado una operación de riesgo o que figure como obligado al pago o garante en los documentos cambiarios o de crédito y de adquisición o negociación haya sido solicitada a la entidad”. Al momento de emitirse esta circular, ya estaba en vigor la primera ley sobre protección de datos personales, la LORTAD. Esta situación ha sido criticada por la doctrina como es el caso de ROCAFORT PÉREZ³³⁹, que considera que el Banco de España ha elevado al rango de excepcionalidad la información de todos los españoles que tienen créditos y riesgos financieros en las distintas entidades financieras, llegando este autor a afirmar que el Banco de España ha usurpado funciones que no le corresponden.

Por nuestra parte, entendemos que la regulación del CIRBE deja sin contenido el plazo de permanencia de seis años del art. 29 LOPD, ya que no es aplicable a este fichero dicho artículo por tratarse de un fichero público, como se ha dicho, pero cabe preguntarse si realmente tiene tal condición. El Reglamento, en su artículo 5, define los ficheros públicos disponiendo que son “los ficheros de los que sean responsables los órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las instituciones autonómicas con funciones análogas a los mismos, las Administraciones públicas territoriales, así como las entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas y las Corporaciones de derecho público siempre que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público”. A los ficheros privados se los define como “los ficheros de los que sean responsables las personas, empresas o entidades de derecho privado, con independencia de quién ostente la titularidad de su capital o de la procedencia de sus recursos económicos, así como los ficheros de los que sean responsables las corporaciones de derecho público, en cuanto dichos ficheros no

³³⁸Circular 3/ 1995, de 25 de septiembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Central de información de Riesgos (BOE de 7 de octubre).

³³⁹ROCAFORT PÉREZ, G.M. Obra citada, pág. 1.807.

se encuentren estrictamente vinculados al ejercicio de potestades de derecho público que a las mismas atribuye su normativa específica”. Como puede observarse, el criterio de distinción entre uno y otro fichero es esencialmente subjetivo en función de la naturaleza pública o privada del responsable del fichero común pero combinado con el criterio objetivo de si se ejercitan o no potestades de derecho público³⁴⁰. Esta distinción, que en principio no debería plantear ningún problema, en la práctica ha originado diversas controversias resueltas por la Agencia de Protección de Datos, en supuestos en los que podría haberse pensado que estamos ante un fichero de titularidad pública pero, a la postre, debían tener la consideración de ficheros de titularidad privada.

La distinción entre uno u otro fichero no solo afecta al periodo de permanencia de los datos en un fichero común, sino que originaría la aplicación de un régimen jurídico distinto. Por ejemplo, el derecho de indemnización recogido en el artículo 19 de la LOPD no es aplicable si se trata de un fichero de titularidad pública³⁴¹ y en lo referente al régimen sancionador, están sometidos los ficheros de titularidad pública a su propia regulación no llevando aparejada sanción pecuniaria³⁴².

Tanto la Agencia como el Consejo de Estado³⁴³, se han ocupado de establecer criterios para considerar si un fichero tiene o no la consideración de fichero de titularidad pública.

Por parte de la Agencia se han emitido varios Informes jurídicos sobre esta cuestión, como el 1/1999 en el que se hace constar que “los ficheros cuya responsabilidad ostente la corporación habrán de ser concebidos como de naturaleza pública o privada en atención a la finalidad que por los mismos se

³⁴⁰En este sentido FATAS, José M. *Comentario al reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal*. Edit. Aranzadi S.A. Pamplona, pág. 33.

³⁴¹Art. 19 LOPD “Derecho a indemnización 1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

³⁴² Art. 46 LOPD. “Infracciones de las Administraciones públicas. 1. Cuando las infracciones a que se refiere el artículo 44 fuesen cometidas en ficheros de titularidad pública o en relación con tratamientos cuyos responsables lo serían de ficheros de dicha naturaleza, el órgano sancionador dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Esta resolución se notificará al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente y a los afectados si los hubiera. 2. El órgano sancionador podrá proponer también la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran. El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas. 3. Se deberán comunicar al órgano sancionador las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores. 4. El Director de la Agencia comunicará al Defensor del Pueblo las actuaciones que efectúe y las resoluciones que dicte al amparo de los apartados anteriores.”

³⁴³ Consejo de Estado, Dictamen núm. 2476/ 2006 y Dictamen núm. 1909/ 2007.

persiga: Así, serán de naturaleza pública los ficheros cuya finalidad sea el ejercicio por la responsable de las potestades administrativas que a la misma hayan sido conferidas por las leyes y reglamentos, siendo de titularidad privada los ficheros vinculados al desempeño de actividades propiamente de derecho privado³⁴⁴”. Otros informes de la Agencia se decantaron en el mismo sentido haciendo referencia a organismos concretos³⁴⁵.

La duda se ha venido resolviendo según la finalidad del fichero y no tanto en función de la figura del responsable del fichero, pudiéndose dar el caso de que una entidad sometida a derecho Público sea titular de un fichero de naturaleza privada. Aplicar esta teoría al fichero dependiente del Banco de España (CIRBE) al considerar que viene ejerciendo una función privada, no es fácil. Los casos expuestos en los informes son “fronterizos”³⁴⁶ y relativos a Corporaciones de Derecho Público, en los que, en un principio, no está claro si se está o no ante un fichero de naturaleza pública o privada, supuestos estos en los que se han planteado serias dudas sobre su naturaleza³⁴⁷.

No ocurre lo mismo con el Banco de España. Su naturaleza pública ya venía expresamente recogida en el Decreto Ley 18/1962 de nacionalización y reorganización del Banco de España³⁴⁸. Baste recordar como el Reglamento 1720/ 2007, al definir los ficheros de titularidad pública, establece la condición de que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público. En el caso del CIRBE, dicha potestad queda reflejada en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, al disponer que la Central de Información de Riesgos es un servicio público cuya administración y

³⁴⁴AGPD. Informe Jurídico Naturaleza de los ficheros responsabilidad de las Cámaras de Comercio - Año 1999.

³⁴⁵ Entre otros, el 0/ 2001 (Distinción entre ficheros de titularidad pública y privada), 0/ 2002 (Naturaleza de los ficheros colegiales), 66/ 2003, (Naturaleza de los ficheros de las fundaciones del sector público estatal), el 131/ 2004 (Naturaleza de los ficheros de las Federaciones Deportivas), 501/ 2005 (Naturaleza de los ficheros de un Colegio Privado Concertado), 191/ 2006 (Naturaleza de los ficheros de una Sociedad Municipal) 504/ 2006 (Naturaleza de los ficheros de una Cofradía de pescadores), 166/ 2008 (Ficheros de los Grupos Municipales. Titularidad Privada. Carácter de responsable del propio grupo), 213/ 2008 (Naturaleza pública o privada de ficheros de RTV Autonómica), 356/ 2008 (Titularidad pública de los ficheros de sociedades profesionales de los colegios profesionales), 375/ 2008 (Fichero de sociedades profesionales. Titularidad pública), 653/ 2008/ (Titularidad privada de los ficheros de una empresa pública), 279/ 2009 (Constitución y creación de ficheros en soporte papel y automatizados), 532/ 2009 (Fichero de titularidad pública. Disposición de creación), 68/ 2010 (Naturaleza de ficheros colegiales. Forma de creación).

³⁴⁶FATAS, J. M, pág. 135.

³⁴⁷AGÚNDEZ LERÍA, I.M. *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. Edit. Lex Nova, 2008, pág. 120

³⁴⁸Art. 1º Decreto Ley 18/1962 de nacionalización y reorganización del Banco de España “Naturaleza y personalidad. El Banco de España es una entidad de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad. Dependerá del Gobierno a través del Ministerio de Hacienda.”

gestión corresponden al Banco de España estando facultado para desarrollar sus normas de funcionamiento³⁴⁹.

Por tanto, el fichero CIRBE es un fichero de titularidad pública, al ser su titular una entidad de derecho público³⁵⁰ y teniendo potestad administrativa pública para desarrollar su función.

Lo que resulta evidente es que su función ha variado desde su creación, naciendo con una clara vocación pública hasta llevar a cabo, en estos momentos, idéntica labor que los ficheros de morosidad privada, con las especificaciones de tener clientes cautivos (las entidades declarantes están obligadas a prestar su información crediticia) y aumentando ostensiblemente el periodo de permanencia de los datos de la deuda respecto de ficheros privados, por lo que se restringen los derechos de los consumidores a favor de la empresa, ya que la entidad financiera podrá tener acceso a esta información aunque la deuda tenga una antigüedad superior a los seis años. La situación creada puede definirse como de incongruencia legal, ya que un fichero que de hecho cumple una función privada, se vale de su regulación para tener la consideración de función pública y poder ampliar el plazo de seis a diez años. Esta situación se contradice aún más, si cabe, con el hecho de que la ley 44/ 2002 que regula el funcionamiento del fichero CIRBE, se apoya constantemente en la ley de protección de datos, como en su artículo 63 referente al derecho de información ante el uso y cesión de datos por el Banco de España³⁵¹ o en el 64 sobre conservación de los datos y la

³⁴⁹Art. 59 Ley 44/2002, “Naturaleza y objetivos de la Central de Información de Riesgos, Primero, La Central de Información de Riesgos (en adelante CIR) es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades declarantes a que se refiere el apartado primero del artículo siguiente, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito, 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; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas. Segundo. La administración y gestión de la CIR corresponden al Banco de España. El Banco de España estará facultado para desarrollar sus normas de funcionamiento de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.”

³⁵⁰No siempre fue así ya que en su constitución en 1782 mediante Real Cédula de Carlos III se trataba de una entidad privada bajo el nombre de Banco de San Carlos.

³⁵¹Art. 63 Ley 44/ 2002.” Uso y cesión de datos por el Banco de España. Tercero. El Banco de España no estará obligado a informar a los titulares de riesgos, ni a los cedentes de los datos recibidos, del tratamiento a que someta los citados datos, ni de su uso o cesión conforme a lo previsto en la presente Ley, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 62. Lo dispuesto en el párrafo precedente se establece sin perjuicio de las obligaciones de información a las personas físicas titulares de riesgos que, de acuerdo con lo establecido en el apartado quinto del artículo 57 de esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, correspondan a las entidades declarantes.”

necesidad de adoptar medidas de garantías y de seguridad.³⁵², pero sin embargo, no lo hace en relación a los ficheros de morosidad y el artículo 29 de la LOPD.

Por otro lado, esta situación de permanencia de los datos en el CIRBE hasta diez años en vez de seis no solamente perjudica al consumidor sobre este incremento de permanencia de sus datos sino que además, la Ley 44/ 2002 obliga a mantener sus datos durante diez años mientras que la LOPD dispone que los datos no deben tener más de seis de años de antigüedad³⁵³, operando como un máximo, por lo que cabe la posibilidad de que estén menos tiempo, no ocurriendo lo mismo con el fichero CIRBE.

3.3.- DEUDA VERAZ

El art. 29 LOPD, en su apartado cuarto, dispone que sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que respondan con veracidad a su situación actual³⁵⁴.

Para JIMÉNEZ RIUS³⁵⁵, el principio de la veracidad de los datos como condición para que éstos puedan ser cedidos, era un requisito que debía cumplirse con la derogada LORTAD³⁵⁶, ya que en función del principio de calidad de los datos, la única diferencia con la LOPD es la utilización de distintos adjetivos, valiéndose la LORTAD de la expresión “situación real” y la LOPD de “situación actual”, sin que haya grandes diferencias entre ambas concepciones. Opinamos que, aunque con la LORTAD no podía cederse un dato que no fuera cierto, con la LOPD se da un paso más, y no porque se sustituya la expresión “situación real” con la de “situación actual”, sino porque se incorpora el término “veracidad” en el propio artículo referido a los ficheros sobre solvencia patrimonial, actuando ambos términos de forma complementaria. De esta forma,

³⁵²Art. 64 Ley 44/ 2002. Conservación de los datos. Segundo. “Conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el Banco de España adoptará las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos registrados en la CIR y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.”

³⁵³Art. 29.4 LOPD. “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”.

³⁵⁴Art. 29.4 LO 15/ 1999 (LOPD). Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. “4. 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...”.

³⁵⁵ JIMÉNEZ RIUS, P. “Análisis de la regulación del tratamiento de datos personales realizado por las entidades de crédito en España”. *Revista española de derecho administrativo*. Nº 110. Edit. Civitas. (abr.-jun. 2001), pág. 238.

³⁵⁶ Art. 4 LORTAD. “Calidad de los datos. 3. Dichos datos serán exactos y puestos al día de forma que responda con veracidad a la situación real del afectado”.

la deuda no solamente debe ser actual sino también veraz. Para PALOMAR OLMEDA³⁵⁷, el concepto veracidad de la situación actual resulta clave y su discusión no es puramente teórica sino claramente práctica, ya que su inobservancia producirá de forma potencial un efecto incontrovertible como es la dificultad de acceso al crédito. Así se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 del marzo del 2006³⁵⁸, en la que expresamente se dice que la inclusión en estos ficheros afecta gravemente a las relaciones económicas con terceros, pues se da publicidad a una situación de insolvencia motivada por el incumplimiento del pago de una deuda. Se establece, de forma muy tajante que, para tal inclusión, la información debe ser veraz, prevaleciendo ante la duda ese derecho fundamental. Además, el perjuicio puede ir más allá, pudiendo atentar contra el derecho al honor, ya que como se hace constar en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2009, la inclusión de una persona en el llamado “registro de morosos”, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación³⁵⁹. Tanto para las entidades financieras como para los clientes, es fundamental que la información cedida a los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito sea veraz. De no ser así, la situación puede perjudicar gravemente a los consumidores³⁶⁰ vulnerándoles su derecho a la tutela judicial efectiva y otros derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española³⁶¹. Para las entidades que consultan los ficheros sobre morosidad puede ocasionar similares perjuicios llevándoles a tomar, en su caso, decisiones incorrectas³⁶², las cuales deben adoptarse en plazos muy breves con un mejor conocimiento de la realidad del mercado al disponer de información, prácticamente en tiempo real, sobre la solvencia de sus clientes, todo ello debido a la fuerte competencia existente en nuestro mercado³⁶³.

Por ello, hay que analizar el alcance del término “veracidad”, porque la inobservancia de este requisito conllevará la ilegalidad de la cesión (situación muy frecuente en la práctica). A tal efecto, se determinarán los elementos que conforman la consideración de deuda veraz y si realmente se están teniendo en cuenta en estos supuestos.

³⁵⁷ PALOMAR OLMEDA, A, *Los ficheros de saldo “0”* ... Obra citada. pág. 23.

³⁵⁸ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Marzo de 2006, recurso 383/2004, ponente: Fernández García, José Arturo. Fundamento de Derecho Cuarto.

³⁵⁹ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 24 de Abril de 2009, recurso 2221/2002, ponente: O’Callaghan Muñoz, Xavier. Nº de sentencia: 284/2009, Fundamento de Derecho Segundo.

³⁶⁰ GRACIANO REGALADO, J.C. Obra citada, pág. 1.722.

³⁶¹ Art. 24. 1 CE. “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

³⁶² MESA MARRERO, C. Obra citada, pág. 2.058.

³⁶³ VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Obra citada, págs. 300-301.

El concepto de veracidad es desarrollado por el Reglamento de la LOPD. Su artículo 38. 1 a) disponía 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, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero”. Es decir, la veracidad de la deuda debe venir determinada por ser cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada.

El Reglamento, también regulaba en su artículo 38.2 que "no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”. Por tanto, además de ser cierta, vencida, exigible e impagada, sobre la deuda no debía existir un principio de prueba que desvirtuase su veracidad.

Aparte de estas dos disposiciones cabe sumar la Instrucción 1/1995 publicada por la Agencia de Protección de Datos³⁶⁴. En la misma, igualmente se requiere que la deuda a incluir en los ficheros de morosidad deba ser “cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada y no pudiéndose incluir en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores determinando, tal circunstancia, la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”.

3.3.1.- Crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010.

El Tribunal Supremo, mediante sentencia de fecha 15 de julio de 2010³⁶⁵, procedió a anular parte del articulado del RD 1720/ 2007 (RDLOPD). Entre otros, el artículo 38.2 así como la frase final del artículo 38.1 .a), referente a los requisitos para poder inscribir una deuda en los ficheros sobre solvencia patrimonial.

³⁶⁴Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. BOE 4 de Marzo.

³⁶⁵STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de fecha 15 de julio de 20, recurso 23/2008, ponente don Juan Carlos Trillo Alonso.

• *Nulidad del inciso final del artículo 38.1. a) del Reglamento.*

La redacción dada al artículo 38.1.a) del Reglamento transcrita anteriormente, provocó una gran inquietud en los sectores empresariales por un doble motivo. Por un lado, podía entenderse que la propia reclamación del acreedor impediría la incorporación de los afectados al fichero de morosidad y, por otro, la imprecisión para su aplicación en el caso de las reclamaciones ante los comisionados para la defensa del cliente. Por este motivo, se procedió a recurrirlo por parte de la Asociación Nacional de Establecimiento Financieros (ASNEF). Para la recurrente, el artículo impugnado establecía una presunción *iuris et de iure* de que la deuda no es cierta, ni vencida, ni exigible, dejando en manos del afectado el poder convertir unilateralmente en controvertida una deuda que no lo es, lo que a su juicio va en contra del principio de calidad del dato³⁶⁶. El recurso planteado prosperó, dejándose sin efecto el siguiente pasaje del artículo 38.1 a), “... y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero”. El Tribunal Supremo basó su decisión, entre otras razones, en la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas, no cumpliéndose con la previsión legal del artículo 4.3 LOPD³⁶⁷.

A este respecto, cabe decir que los procedimientos enunciados en el artículo 38.1 a) del Reglamento están perfectamente regulados en nuestro ordenamiento³⁶⁸. Si alguno no tuviera cabida, a juicio del Tribunal, como es el caso de los Comisionados Bancarios por no tener poder decisorio, bastaría con haberlo eliminado del texto normativo conservando el resto de los procedimientos. De

³⁶⁶RUBÍ NAVARRETE, J. *Las sentencias y autos del tribunal supremo de 15 de julio de 2010 sobre el reglamento de la ley orgánica 15/ 1999 del 13 de septiembre, de protección de datos de carácter personal*. Edit. IDEI, Madrid, 2011.

³⁶⁷Art. 4 LOPD. Calidad de los datos. “3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

³⁶⁸En concreto, las reclamaciones judiciales están profusamente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reclamación arbitral en la Ley de Arbitraje 60/ 2003 y si es de consumo, en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y el referido al ámbito puramente financiero, en su momento por el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, el RD 303/2004. Cabe decir que la disposición derogatoria de la Ley 2/ 2011, de 4 de marzo de economía sostenible, apartado b), deja sin efecto el RD 303/ 2004. No obstante, sigue siendo de aplicación el RD en virtud de la Disposición Transitoria quinta de la Ley 2/ 2011 al disponerse que hasta la aprobación de las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el artículo 30.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en la redacción dada por la disposición final undécima de esta Ley, continuará aplicándose el procedimiento previsto en los artículos 7 a 15 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

haberse procedido así, se hubiera dado cumplida respuesta a la petición de la recurrente, sin que hubiera afectado aquí a todo tipo de órganos judiciales y arbitrales que sí tienen esa efectividad en sus decisiones. Pero la recurrente no solo se opuso a que la reclamación ante los comisionados bancarios supusiera la imposibilidad de incorporar la deuda a los ficheros comunes, sino que la amplió al resto de las reclamaciones ante todo tipo de órganos al entender que les dejaba en una posición de clara indefensión ante el titular de los datos.

Obvia la recurrente y tampoco entra a conocer el Tribunal, que se parte de la premisa de que la deuda existe, llegándola a considerar como de no controvertida al decirse que se deja en manos del afectado el poder convertir en controvertida una deuda que no lo es³⁶⁹. Pero, entonces, cabe preguntarse qué parte es la que determina que una deuda sea “no controvertida”. Según el planteamiento esgrimido por la recurrente, no es ni más ni menos que ella misma. Es decir, que una deuda puede tener tal calificación por así determinarse de forma unilateral por la entidad acreedora, aspecto que implícitamente es admitido por el Tribunal Supremo. A pesar de ello, parece mal tanto a una como a otro, que el titular de unos datos, al ejercer el derecho constitucional a una defensa jurídica, (art. 24 Ce³⁷⁰), pueda producir unos resultados en contra de la declaración unilateral de deuda, más aún cuando esta valoración podrá venir determinada, precisamente, mediando un procedimiento judicial en el que el titular los datos, con plenitud de prueba, pueda llegar a demostrar que la deuda no tiene tal consideración.

También considera la sentencia que “mal puede entenderse que unos datos son inexactos como consecuencia de una reclamación de cualquier naturaleza”. No compartimos esta afirmación del Tribunal, porque es posible que una deuda no sea cierta si está pendiente de resolución ante los tribunales. Sirva como ejemplo el buen número de sentencias que ratifican la sanción impuesta por la AGPD a una entidad por incluir indebidamente unos datos en un fichero de morosidad cuando además se había interpuesto por el presunto deudor una demanda judicial³⁷¹.

³⁶⁹STS de 15 de julio de 2010. FJ decimocuarto.

³⁷⁰Art. 24. 2 CE. “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

³⁷¹ Entre otras, sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de fechas 19 y 26 de enero de 2011, de julio de 2001, 25 de abril, 10 de mayo, 17 de julio de 2002, 31 de enero, 13 de febrero, 9 de mayo, 7 de junio de 2002, 18 de septiembre, 29 de octubre, 10 de noviembre, 26 de noviembre de 2003, 27 de febrero, 3 de marzo, 12 de mayo, 9 de junio, 16 de junio de 2004, 6 de abril, 13 de abril, 18 de mayo, 25 de mayo, 1 de junio, 22 de junio, 14 de septiembre, 21 de septiembre, 28 de septiembre, 19 de octubre, 26 de octubre, 9 de noviembre, 23 de noviembre, 30 de noviembre, 15 de diciembre y 21 de diciembre de 2005, 18 de enero, 20 de enero, 8 de febrero, 9 de febrero, 15 de febrero, 8 de marzo, 16 de marzo, 29 de marzo, 20 de abril, 21 de abril, 10 de mayo, 18 de mayo, 8 de junio, 3 de julio, 14 de septiembre, 4 de octubre, 10 de noviembre, 16 de noviembre, 20 de noviembre, 23 de noviembre, 14 de diciembre y 21 de diciembre de 2006, 2 de enero, 26 de enero, 8 de febrero, 21 de

Resulta innegable que se favorece al empresario, parte acreedora, desde un triple punto de vista.

- Se admite el establecimiento unilateral por su parte de la deuda.
- Se presume que esa deuda es susceptible de ser incluida en los ficheros de morosos.
- Aunque el presunto deudor, titular de los datos, interponga una reclamación judicial, los datos podrán ser igualmente incluidos en un fichero de morosidad.

La otra de las razones que el TS esgrime se fundamenta en que podría darse la situación incongruente de que el propio acreedor no pudiera ceder los datos a un fichero de morosidad si él mismo hubiera instado una reclamación judicial contra el deudor. Bien podría haberse llevado a cabo una aclaración en este sentido en la sentencia, excluyendo del ámbito de las reclamaciones referidas en el art 38. 1. a) del Reglamento la del acreedor. No obstante, por el más puro principio de congruencia y lógica judicial, difícilmente prosperaría la acción de un deudor encaminada a considerar nula una transmisión de datos a un fichero de morosos porque a él mismo se le ha reclamado la deuda por parte del acreedor. Por otro lado, los requisitos contemplados en el art. 38. 1. a) deben cumplirse por el acreedor que proporcione los datos por lo que, cuando sea este el que reclame judicialmente la deuda, no podría admitirse que no se incluyera en el registro de morosos como cierta y exigible la deuda reclamada³⁷². En cualquier caso, la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2011³⁷³ considera que es posible la inclusión de deudas respecto de las que existe una reclamación promovida por el acreedor. Cabe apreciar que uno de los argumentos utilizados

febrero, 21 de febrero, 22 de febrero, 7 de marzo, 14 de marzo, 21 de marzo, 11 de abril, 18 de abril, 25 de abril, 4 de mayo, 9 de mayo, 17 de mayo, 30 de mayo, 6 de junio, 13 de junio, 27 de junio, 3 de septiembre, 19 de septiembre, 3 de octubre, 10 de octubre, 17 de octubre, 24 de octubre, 7 de noviembre, 12 de noviembre, 12 de noviembre, 14 de noviembre, 21 de noviembre, 28 de noviembre y 19 de diciembre 2007, 16 de enero, 24 de enero, 30 de enero, 12 de febrero, 20 de febrero, 27 de febrero, 5 de marzo, 26 de marzo, 9 de abril, 16 de abril, 23 de abril, 28 de mayo, 2 de junio, 18 de junio, 25 de junio, 26 de junio, 17 de julio, 17 de septiembre, 18 de septiembre, 19 de septiembre, 22 de octubre, 29 de octubre, 5 de noviembre, 12 de noviembre, 20 de noviembre, 26 de noviembre y 1 de diciembre de 2008, 14 de enero de 2009, 28 de enero, 11 de febrero, 18 de febrero, 24 de febrero, 27 de febrero, 4 de marzo, 5 de marzo, 12 de marzo, 18 de marzo, 25 de marzo, 22 de abril, 24 de abril, 29 de abril, 19 de mayo, 2 de junio, 8 de junio, 11 de junio, 19 de junio, 13 de julio, 16 de julio, 10 de septiembre, 16 de septiembre, 19 de septiembre, 24 de septiembre, 1 de octubre, 8 de octubre, 15 de octubre, 17 de octubre, 20 de octubre, 29 de octubre, 19 de noviembre y 26 de noviembre de 2009, 14 de enero, 21 de enero, 18 de marzo, 25 de marzo, 8 de abril, 15 de abril, 22 de abril, 29 de abril, 6 de mayo, 27 de mayo, 3 de junio, 10 de junio, 17 de junio, 2 de julio, 15 de julio, 22 de julio, 9 de septiembre, 17 de septiembre, 23 de septiembre, 24 de septiembre, 30 de septiembre, 1 de octubre, 8 de octubre, 14 de octubre, 22 de octubre, 11 de noviembre, 26 de noviembre y 28 de diciembre de 2010, 19 de enero, 27 de enero, 11 de febrero, 17 de febrero, 24 de febrero, 3 de marzo, 4 de marzo, 11 de marzo, 18 de marzo, 25 de marzo, 8 de abril, 14 de abril, 28 de abril, 6 de mayo, 13 de mayo, 16 de mayo, 19 de mayo, 9 de junio, 10 de junio, 21 de julio y 26 de julio de 2011.

³⁷²CARRANCHO HERRERO, T. Obra citada, pág. 15.

³⁷³En Memoria de Actividades de la Agencia de Protección de Datos 2011, pág. 34.

por el TS a la hora de dejar sin efecto un inciso del Reglamento es posteriormente desmentido por otro órgano judicial.

Lo que sí es evidente es que se ha creado una situación que perjudica claramente al consumidor en beneficio del acreedor, privándose al primero de instrumentos legales para defender la no inclusión de una deuda en un fichero de morosidad que considere incierta ó inexacta.

• *Nulidad del artículo 38.2 del Reglamento.*

La sentencia del TS de 15 de julio de 2010 también anuló el apartado 2º del artículo 38, el cual hacía referencia a la imposibilidad de incluir datos en un fichero común si existía un principio de prueba que de forma indiciaria contradijera la propia certeza de la deuda.

La STS dice que “en cuanto a la impugnación del apartado 2 del artículo 38, sostiene la recurrente que la norma es ambigua y carente de toda seguridad jurídica. Lo que el precepto impugnado viene a decir es que si hay un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga los requisitos exigidos en el apartado 1 para la inclusión de los datos en los ficheros de solvencia económica, no pueden incluirse, es más, en el párrafo segundo del apartado 2 se considera como suficiente ese principio de prueba para la cancelación cautelar del dato personal desfavorable que se hubiera incluido, imponiendo la cancelación expresamente. La norma, sin duda, quiere responder al principio de calidad de datos, y no tipifica *ex novo* ninguna infracción. Lo que hace es trasladar la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 38.1 al encargado del tratamiento, pero ha de reconocerse que lo hace en términos tales que origina una gran inseguridad jurídica que puede dar lugar a la apertura de expedientes sancionadores. Por ello ha de concluirse que no es conforme a derecho”.

Con anterioridad a la promulgación del Reglamento, la Instrucción 1/1995 de 1 de marzo de la AGPD, ya contemplaba que si existía un principio de prueba documental no debe inscribirse una deuda en un fichero sobre solvencia patrimonial³⁷⁴. Puede observarse como existe una aparente contradicción entre la sentencia de 15 de julio de 2010 del Tribunal Supremo y esta Instrucción.

³⁷⁴Instrucción 1/ 1995 AGPD. Norma Primera. “No podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará igualmente la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.”

• *Aplicabilidad de la Instrucción 1/95 de la AGPD.*

Con carácter previo, para despejar esta contradicción, resulta fundamental determinar si la Instrucción tiene valor normativo y si se encuentra vigente o, por el contrario, debe entenderse derogada por el Reglamento ó anulada por la sentencia del Tribunal Supremo.

El valor normativo de las instrucciones emitidas por la AGPD viene expresamente invocado por la Agencia de Protección de Datos en su informe jurídico 273/ 2005³⁷⁵, al remitirse a la sentencia del Tribunal Constitucional, la 290/ 2000 de 30 de noviembre³⁷⁶. Esta sentencia reconoce, en su fundamento jurídico octavo, la potestad normativa de la Agencia de Protección de Datos, al hacerse constar que “en correspondencia con el carácter público de sus funciones, la Agencia de Protección de Datos dispone de potestades administrativas expresamente atribuidas por dicha Ley. Y, por último, una potestad normativa, ceñida en lo esencial a dictar las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD [art. 36, apartado c) y m) in fine], con miras a su debida aplicación en ámbitos determinados de actividad”.

En sentido contrario a la consideración de las instrucciones de la Agencia de Protección de Datos como norma jurídica, otras sentencias emitidas por órganos judiciales de rango inferior al TC como la del TSJ de Madrid de 10 de octubre de 2002³⁷⁷, rechazan tal carácter de norma jurídica, afirmando que se trata de un mero acto administrativo, de carácter general dirigido a un conjunto indeterminado de destinatarios, siendo únicamente una interpretación que hace la AGPD del art. 29.2 LOPD. También la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 25 de abril de 2002³⁷⁸, pone en tela de juicio su valor normativo, y en la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de abril de 2006³⁷⁹, se entiende que la Instrucción 1/ 1995 no es un Reglamento en sentido formal pues no se ha dictado siguiendo el procedimiento específicamente establecido. En esta línea se decantan autores como VILASAU SOLANA³⁸⁰ y TÉLLEZ³⁸¹, que no reconocen a la Instrucción el carácter de norma jurídica,

³⁷⁵AGPD, Informe Jurídico 273/2005, pág. 3.

³⁷⁶STC 290/2000, 30 de Noviembre de 2000, ponente: Julio Diego González Campos.

³⁷⁷Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 9ª, de 10 de octubre de 2002, recurso 952/ 1995, Fundamento de Derecho Tercero.

³⁷⁸SAP de Segovia, de 25 de abril de 2002, nº 121/2002, recurso 78/2002, ponente: Palomo del Arco, Andrés.

³⁷⁹SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 20 Abr. 2006, recurso 555/2004, ponente: Guerrero Zaplana, José.

³⁸⁰VILASAU SOLANA, M. *Derecho y nuevas tecnologías*. Edit. UOC. Barcelona 2005, pág. 125.

³⁸¹TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas tecnología y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/ 1999*. Edit. Edisofer, 2001, pág. 166.

pudiéndose considerar como manifestaciones oficiales de la interpretación de la LOPD mientras no haya sido modificada.

Ante esta situación de sentencias contradictorias debe dársele prelación a la emitida por el Tribunal Constitucional, no sólo por su rango jerárquico superior respecto a un Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Nacional ó Audiencia Provincial, sino porque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁸², en su artículo 1 dispone que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. Por otro lado, en el artículo 2, se nos dice que el Tribunal Constitucional conocerá del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. Por tanto, es al Tribunal Constitucional al que le corresponde resolver la cuestión planteada por un órgano judicial sobre la validez de una norma con rango legal³⁸³. Pero quizás, a estos efectos, el artículo más relevante de la LOTC, sea el 4 ya que, en su apartado segundo, se establece que las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado. Resulta obvio que deberá darse un valor predominante a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional frente a las dictadas por otros órganos, más aún si son de menor rango, valor que en nuestro caso atañe a la consideración de una instrucción de la AGPD como norma con rango legal. Por todo lo cual, no puede sino entenderse que las instrucciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos tienen la condición de norma jurídica, y entre esas instrucciones se encuentra la 1/1995.

El valor normativo de la Instrucción queda fuera de toda duda ya que es reiteradamente recogida y aplicada en sentencias dictadas incluso con posterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2010³⁸⁴.

³⁸²Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

³⁸³Art. 163 CE 1978. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

³⁸⁴Cabe citar las siguientes sentencia dictadas por la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1º, de fechas, 13 mayo de 2011 (recurso 46/2010, ponente: Veiga Nicole, Elisa), de 11 de marzo de 2011, (recurso 483/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa), de 17 de febrero de 2011 (recurso 177/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), de 17 de febrero de 2011(recurso 177/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), de 17 de febrero de 2011(recurso 177/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), de 18 de abril de 2011 (recurso 606/2009), 9 de mayo de 2011 (recurso 27/2010, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), de 30 de septiembre de 2010,(recurso 842/2009, ponente: Guerrero Zaplana, José), de 26 de julio de 2011), de 28 de abril de 2011 (recurso 624/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), de 30 de septiembre de 2010 (recurso 842/2009, ponente: Guerrero Zaplana, José. De), de 4 de marzo de 2011(recurso 736/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa), de 15 de julio de 2010 (recurso 897/2009, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), de 1 de abril de 2011 (recurso 856/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes), de 14 de octubre de 2010 (recurso 64/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes), de 16 de septiembre de 2010 (recurso 840/2009, ponente: Sanz Calvo), de 19 de mayo de 2011,

Una vez determinado que la Instrucción tiene carácter normativo, cabe discernir si está vigente al día de hoy o, por el contrario, se encuentra derogada por el Reglamento 1720/ 2007 ó sin vigencia a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 2010.

PASCUAL HUERTA³⁸⁵, defiende la vigencia de la Instrucción 1/ 1995 ya que la disposición derogatoria única del Reglamento no la deroga. Según el autor, se entiende que se trata de una ausencia intencionada ya que hay partes de la Instrucción 1/ 1995 que no se contradicen con la nueva regulación del Reglamento, como la primera y segunda³⁸⁶. FERNÁNDEZ GARCÍA³⁸⁷ y GRACIANO REGALADO³⁸⁸ opinan de igual manera. Prueba de que la Instrucción se encuentra vigente es que se está aplicando por la jurisprudencia actualmente.

Si la Instrucción no se encuentra expresamente derogada por el Reglamento, queda por saber si la Sentencia del TS de 15 de julio de 2007, al anular parte del Reglamento, también lo hace respecto a la Instrucción 1/ 1995. La sentencia no hace alusión en ningún momento a la Instrucción, por lo que habrá que acudir a criterios de analogía entre los supuestos contemplados en sentencia referidos al Reglamento y si son o no extensibles a la Instrucción. Entre algún precepto anulado del Reglamento y otro contenido en la Instrucción, aunque hay similitudes, existe alguna diferencia, por lo que no recoge idénticos supuestos, siendo este un argumento más para defender la vigencia de la Instrucción 1/1995. En la Instrucción 1/1995 se recoge término de “principio prueba documental”, mientras que el Reglamento 1720/ 2007 se contempla el de “principio de prueba”, omitiéndose la palabra “documental”. Este hecho es sumamente importante ya que el Tribunal Supremo basa la declaración de nulidad en la vaguedad a la hora de referirse al principio de prueba, sin ningún tipo de especificación al respecto, calificando esta expresión como creadora de inseguridad jurídica. En la Instrucción 1/1995, al añadirse el término “documental”, se dota a este principio de prueba de un carácter más concreto que, de haberse incluido en el Reglamento, es posible que el Tribunal Supremo no hubiera anulado este precepto. Esta cuestión no es puramente teórica sino que en la propia sentencia del TS se llega a decir que uno de los motivos por los

(recurso 27/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes), de 16 de septiembre de 2010 (recurso 840/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes), de 24 de febrero de 2011 (recurso 19/2010, ponente: Buisán García, Nieves), de 28 de abril de 2011 (recurso 624/2009, ponente: Sanz Calvo, Lourdes), de 3 de marzo de 2011 (recurso 57/2010, ponente: Sanz Calvo, Lourdes), y de 11 de febrero de 2011 (recurso 144/2010, ponente: Pereda Laredo, José María).

³⁸⁵PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, págs. 346-347.

³⁸⁶PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, pág. 347.

³⁸⁷FERNÁNDEZ GARCÍA, J. A. *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 514.

³⁸⁸GRACIANO REGALADO, J.C. Obra citada, pág. 1.727.

cuales se anula este apartado tiene su origen en la amplitud del término “prueba” sin que llegue a concretarse lo más mínimo a qué tipo de prueba hace referencia, poniendo entre paréntesis, entre otras y precisamente, la prueba documental³⁸⁹.

No cabe deducir, tampoco, que por aplicación analógica, la sentencia del Tribunal Supremo anule también los preceptos de la Instrucción 1/1995, ya que este extremo no fue invocado por la recurrente, no pudiendo entrar a conocer el juzgador sobre cuestiones no pedidas. Baste recordar que en el derecho administrativo rige el principio dispositivo o de justicia rogada, contemplado en el artículo 216 de la LEC³⁹⁰, siendo esta Ley de aplicación supletoria a la que rige el ámbito administrativo, la ley de jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998³⁹¹ y además, ninguna alusión se hace en la sentencia a la Instrucción 1/1995, posiblemente porque fuera desconocida. Al fin y al cabo, en la propia sentencia se confunden figuras como encargado y responsable del tratamiento³⁹².

Es más, la Instrucción 1/1995 ya fue impugnada en vía jurisdiccional ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2002³⁹³ desestimando la impugnación efectuada, sentencia que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo y confirmada por sentencia de 16 de febrero de 2007³⁹⁴.

En definitiva, consideramos que la Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos tiene valor normativo, no habiendo sido derogada por el

³⁸⁹STS de 17 de julio de 2010. Fundamento de Derecho 14º. ... “Cierto es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse.”

³⁹⁰. Art. 216 LEC “Principio de justicia rogada. Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

³⁹¹Disposición Final Primera, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. “Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil: En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”.

³⁹²Baste comprobar que cuando se habla de la inversión de la carga de la prueba, se dice que tal cual estaba redactado el Reglamento o ésta merecía en la figura del encargado del tratamiento Varias son las personas que pueden resultar responsables ante un tratamiento ilegal de datos, y aunque el encargado del tratamiento es una de ellas también es cierto que es la que con menos probabilidad llega a ser sancionada por parte de la Agencia de Protección de Datos ya que su responsabilidad suele tener carácter subsidiaria respecto a otras figuras las que con mayor habitualidad sí son consideradas sujetos sancionados como es el caso del responsable del fichero en primer lugar, y en ciertas situaciones el responsable del tratamiento. Ni más ni menos que el Tribunal Supremo confunde ambas figuras, porque ningún sentido tiene mencionar en este caso al encargado del tratamiento, debiendo haber sido al responsable del tratamiento, personas que aunque con similitud en el hombre, sus funciones están absolutamente diferenciadas en materia de protección de datos.

³⁹³Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 9ª, de 10 de octubre de 2002, recurso 952/ 1995.

³⁹⁴STS, Sala 3ª, de 16 de febrero de 2007, rec. 220/2003, ponente Herrero Pina, Octavio Juan.

Reglamento ni anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio del 2010, por lo que aunque se anule un precepto del Reglamento relativo al principio de prueba, deberá seguir siendo aplicable la Instrucción 1/95, aunque con la matización de que el principio de prueba debe ser documental. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de junio de 2006³⁹⁵ contempla que la mera duda sobre la veracidad del dato que sea incluido en los ficheros supone la vulneración del principio de calidad de los datos. Cabe destacar como se aplica el principio de prueba como suficiente para no incluir una deuda en un fichero de morosos, siendo dictada esta sentencia con posterioridad a la Instrucción 1/1995 y con anterioridad al Reglamento de desarrollo de la LOPD. El hecho de que se deje sin efecto un artículo del Reglamento, no quiere decir que el principio de prueba no sea operativo, ya que se estaba aplicando sin su existencia. Despejando cualquier duda sobre la vigencia de la Instrucción 1/ 95, la reciente sentencia del fecha 6 de marzo de 2013³⁹⁶, expresamente afirma que la Instrucción 1/ 1995 continúa vigente, además de aplicar este principio de prueba para desvirtuar la certeza de la deuda al argumentar que “...bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza...”.

En contra de la anulación del artículo, se muestran autores como FERNÁNDEZ GARCÍA³⁹⁷, quien insiste en que no se debe incluir una deuda en un fichero de morosos si existe un principio de prueba documental que ponga en duda la veracidad de la deuda en cuestión. PLANA ARNALDOS³⁹⁸ opina que el artículo tenía plena justificación porque a su juicio, lo que subyace en la regulación es la propia naturaleza de estos ficheros que sólo pueden reflejar una situación de incumplimiento real de obligaciones dinerarias, entendiendo que sólo deben incluirse deudas reales y sobre las que no quepa duda alguna ante la negativa de pago del deudor.

En sentido contrario, CARRANCHO HERRERO³⁹⁹ comparte la posición judicial al afirmar que según estaba redactado el artículo se originaba una gran inseguridad jurídica ya que la norma no concreta a qué principio de prueba se refería pero, por otra parte, una persona no será morosa hasta que no se declare la existencia de la deuda por quien proceda.

³⁹⁵SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Junio de 2006, recurso 244/2004, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes. Fundamento Jurídico Sexto.

³⁹⁶STS de 6 marzo de 2013, citada, Fundamento de Derecho Cuarto.

³⁹⁷FERNÁNDEZ GARCÍA, J. A. Obra citada, págs. 518-519.

³⁹⁸PLANA ARNALDOS M.C. Obra citada, págs. 380-384.

³⁹⁹CARRANCHO HERRERO, T. Obra citada, pág. 15.

En una posición intermedia se encuentra RUBÍ NAVARRETE⁴⁰⁰, quien interpreta la resolución judicial en el sentido de que no excluye que pueda existir prueba suficiente que desembocase en una cancelación cautelar del dato en un fichero sobre solvencia patrimonial, aunque esta circunstancia deberá apreciarse caso a caso a la vista de las circunstancias concurrentes y no en los términos imprecisos de la norma que anula.

Una vez más, se ha pretendido favorecer a las entidades tanto prestadoras de servicios de solvencia patrimonial como aquellas que aportan los datos, ya que la sentencia merma las posibilidades al consumidor de evitar que su deuda pase a engrosar archivos de morosidad ó poder cancelar los mismos, produciendo por otra parte un cierto confusionismo que sin duda será aprovechado por las empresas presuntamente acreedoras en aras a defenderse ante una hipotética denuncia.

- *Sobre la consideración por parte del T.S. del principio de prueba como prueba de indicios.*

El TS anula el apartado 38.2 del Reglamento, además de por las consideraciones llevadas a cabo anteriormente, porque al principio de prueba lo cataloga también como un indicio y a este respecto, hace constar que “cierto es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996⁴⁰¹, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina una inseguridad jurídica que debe corregirse”.

Procede estudiar el alcance de los conceptos de indicio y presunción en el ámbito probatorio con el objeto de combatir la apreciación llevada a cabo por el TS, pero antes, cabe poner de manifiesto la contradicción en la que se incurre, ya que el TS anula el precepto 38.2 del Reglamento al entender que la expresión principio de prueba no deja de ser un indicio que juega un papel importante en al ámbito cautelar pero, aún así, lo anula. Se contradice porque, precisamente, lo que pretende la norma no es declarar la inexistencia de la deuda, sino establecer una medida cautelar consistente en que no se inscriba la deuda en un fichero de

⁴⁰⁰RUBÍ NAVARRETE, J, “La protección de datos en el sector de las telecomunicaciones”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Nº 36, vol. II, 2006, pág. 15.

⁴⁰¹ STS, Sala Segunda de lo Penal, recurso 2736/ 1995, de 16 de septiembre de 1996, ponente Vega Ruiz, José Augusto de.

morosos en tanto se esclarezca su procedencia. No toda la doctrina comparte la consideración de que la prueba de indicios tenga el carácter limitado atribuido en sentencia, sino que entiende que se trata de una determinada actividad, basada en una operación intelectual y volitiva que consiste en tener como cierto un hecho, al cual se le denomina presunto (hecho consecuencia), a partir de la fijación como cierto otro hecho, denominado indicio (hecho base), debiendo existir un nexo lógico entre ambos conceptos⁴⁰². CREMADES MORANT⁴⁰³ añade que el indicio no es medio de prueba sino una forma o método para probar a falta de prueba directa y otros autores, como GRACIANO REGALADO⁴⁰⁴ y MESA MARRERO⁴⁰⁵, indican que respecto al principio de prueba existe libertad de forma, remitiéndose a la existencia de la prueba a través de indicios. PARRA LUCÁN⁴⁰⁶ opina que la supresión de este apartado del Reglamento no quiere decir que el supuesto deudor sea el que tenga que probar la no existencia de la deuda, en contra de lo que diga el acreedor. Para este autor, la sentencia rechaza que se admita un simple indicio que no tenga la suficiente entidad frente a la afirmación de la existencia por parte del acreedor, de manera que si el acreedor no acredita la existencia de dicha deuda será responsable de la veracidad tanto en materia sancionadora prevista en la LOPD como exigiendo al acreedor responsabilidad civil ante los tribunales de justicia.

En este supuesto nos encontraríamos ante una presunción judicial en la que deberá ser el juez el que deduzca dicho nexo entre el indicio y la presunción mediante un proceso lógico, razonable y con sujeción a las reglas de la sana crítica, tal y como se contemplaba en el derogado art. 1.253 del Código civil y en el artículo 386 de la LEC⁴⁰⁷. Aplicando estas premisas al precepto derogado, a la hora de dejar sin efecto lo que el Tribunal Supremo califica de indicios, se debe establecer *a priori* cuál es el hecho consecuencia o presunción que deba desprenderse de los indicios invocados en sentencia.

Consideramos que la sentencia parte de otro error de hecho, al entender que de mantenerse los indicios establecidos en el Reglamento (haberse entablado reclamación judicial, etc.), el hecho consecuencia es el que determina la inexistencia de la deuda. Este planteamiento es erróneo, ya que el hecho

⁴⁰²BELTRÁN CABELLO, C. "Comentarios a la STS de 3 de octubre de 2011". *Revista Estudios Financieros*. Nº 133, Febrero 2012, pág. 41.

⁴⁰³CREMADES MORANT, J. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Edit. SEPIN. Madrid, 2008, pág. 2.394.

⁴⁰⁴GRACIANO REGALADO, Obra citada, pág. 1.727.

⁴⁰⁵MESA MARRERO, C. Obra citada, pág. 2.065.

⁴⁰⁶PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, págs. 10-11.

⁴⁰⁷Art. 386 LEC. "Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción."

consecuencia es que exista un principio de prueba documental que ponga en duda la existencia o procedencia de la deuda. En esta línea, FERRANDO VILLALBA⁴⁰⁸ afirma que el principio de prueba no conlleva el tener certeza sobre la inexistencia de la misma, siendo excesivo exigir en este primer momento una prueba plena sobre el fondo la cuestión.

No es ilógico pensar que si un presunto deudor ha interpuesto una reclamación judicial defendiendo la inexistencia o improcedencia de la deuda, aplicando los criterios de la sana crítica y la normalidad, puede fácilmente deducirse que existe una presunción de que el principio de prueba, (que se trata de un hecho objetivo y demostrado), puede llevar aparejada la consideración de la duda sobre la existencia o procedencia de la deuda. Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1996⁴⁰⁹, en su fundamento jurídico sexto, hace constar que “la validez de la prueba indiciaria no puede ponerse en duda como tampoco imponer a la misma más limitaciones que las que la propia conciencia de los Jueces establezca”.

Aún teniendo en cuenta que en la prueba indirecta la subjetividad del juez tiene un papel primordial, no parece proporcionado que el Tribunal Supremo anule un precepto que limita las posibilidades de defensa por considerar que de haberse mantenido tal cual estaba redactado el precepto, se dotaría al sistema de una inseguridad jurídica. No es proporcionado porque la frase suprimida constituye un indicio objetivo y, acorde con el principio de oportunidad, puede llevar a concluir que, tras un proceso lógico y razonado, exista un principio de duda sobre la veracidad de la deuda relativa a los datos inscritos en un fichero sobre morosidad. Sin embargo, se opta por reforzar la figura del empresario que de forma unilateral, y sin control judicial alguno, decide remitir los datos de una supuesta deuda a uno de estos ficheros causando un daño, muchas veces irreparable, ya sea económico ó de honorabilidad. PARRA LUCÁN apunta que no resulta sencillo determinar *a priori* la existencia de un principio de prueba que, de forma indiciaria, contradiga alguno de los requisitos exigidos para que los datos personales puedan acceder a los ficheros⁴¹⁰, aunque sí se permite, sin más, incluir una deuda en uno de estos ficheros con las secuelas negativas que conlleva.

Por otro lado, si llegase a entenderse que estamos en presencia de una presunción judicial *iuris tantum* sobre la existencia de duda respecto a la deuda en cuestión,

⁴⁰⁸FERRANDO VILLALBA, M.L. “Denegación de crédito al consumidor y protección de datos personales”. *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*. Nº. 21, 2009, pág. 71.

⁴⁰⁹ Sentencia citada.

⁴¹⁰PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 12.

ningún inconveniente existiría al respecto. En la Ley 1/ 2007⁴¹¹, y tal como se ha hecho constar con anterioridad, se establece la presunción de que si en los seis meses posteriores a una venta el consumidor manifestase alguna irregularidad al vendedor, deberá presumirse que la disconformidad existe. Por todo esto, tampoco debería ser desechada la posibilidad de establecer una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de duda sobre la realidad de la deuda en unos casos determinados, sin que por ello el precepto deba ser considerado nulo.

No obstante, los principales ficheros de solvencia patrimonial, a pesar del dictado de la sentencia, optan por cancelar de forma cautelar una deuda sobre la que se ha iniciado un procedimiento judicial o arbitral. Así lo está haciendo el titular de uno de los ficheros de solvencia más representativos (el Centro de Cooperación Interbancaria, titular del fichero RAI) el que prevé que cuando exista un principio de controversia u oposición jurídica los datos deben desaparecer de sus ficheros⁴¹². Igual proceder se está llevando a cabo en el fichero dependiente de la Asociación Nacional de Entidades Financieras (ASNEF).

Si bien es cierto que la sentencia analizada recoge algunas circunstancias razonables, como la inseguridad jurídica que provocaba el Reglamento en determinadas situaciones, no es menos cierto que podría haberse llegado a soluciones intermedias y no suprimir normativa perfectamente aplicable. Tal cual está redactada, la sentencia resulta muy ventajosa para la parte recurrente y empresarial en detrimento de los derechos de los titulares de datos personales. También se aprecia un cierto desconocimiento del juzgador en materia de protección de datos, dejando abierta la puerta a interpretaciones, no siempre deseables, sobre la aplicación o no del principio de prueba documental contenido en la Instrucción 1/1995 AGPD. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2013 no solo constata la vigencia de la Instrucción, sino que aplica directamente la existencia de este principio de prueba para desvirtuar la certeza de la deuda al argumentar que “...bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza...”.

3.4.- DEUDA CIERTA

De los requisitos que conforman el término deuda veraz, (cierta, vencida y exigible), se hará especial referencia al de la de certeza por ser el que en la

⁴¹¹Art. 123 Real Decreto Legislativo 1/2007 ”Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad”.

⁴¹² CCI, Circular 2/ 2001.

práctica, su inobservancia, es objeto de sanciones por parte de la Agencia de Protección de Datos⁴¹³. Por el contrario, el vencimiento de la deuda, al tener un carácter objetivo y no subjetivo, no presenta en la práctica mayores problemas de interpretación así como su exigibilidad, término este que por su amplitud, reúne en toda su extensión el carácter de certeza, veracidad y liquidez.⁴¹⁴

3.4.1.- Concepto de deuda cierta

Este término aparece por primera vez en nuestra legislación con la LOPD, pareciéndose a otros invocados por el Tribunal Supremo al referirse al de deuda líquida, vencida y exigible, como un requisito necesario a la hora de imponer el pago de intereses solicitados, o bien en torno a la figura del delito de alzamiento de bienes bajo la vigencia del código penal de 1973, donde se exigía que los bienes alzados tuvieran la consideración de deuda líquida, vencida y exigible⁴¹⁵.

El Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias define deuda cierta como “la deuda sobre la que no existe duda y en la que se encuentran plenamente acreditadas tanto su existencia como su cuantía”⁴¹⁶. Para CAROLITA GONZÁLEZ⁴¹⁷, deuda cierta es aquella sobre cuya validez no existe ninguna duda. Según TIMONER GIMÉNEZ⁴¹⁸, la certeza alude a la inexistencia de duda o controversia alguna de la deuda que tiene su origen o fuente en un contrato (artículo 1901 del Código Civil) y CABANELLAS⁴¹⁹ define “deuda cierta” como “aquella sobre cuya existencia y exactitud, ya sea cantidad de dinero u otra prestación cualquiera, no hay discusión. Deuda sin duda”

La jurisprudencia, quizás por su obiedad, no ha desarrollado de forma pormenorizada ni el concepto de deuda cierta ni tampoco sus elementos,

⁴¹³Cabe citar las siguientes sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 15 de Febrero de 2006, recurso 316/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 16 de Marzo de 2006, recurso 413/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 18 de Enero de 2006, recurso 236/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 23 de Noviembre de 2005, rec. 106/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 27 Feb. 2008, rec. 76/2007, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, 14-9-2006, rec. 7/2005, ponente: Sanz Calvo, Lourdes, de 27 de febrero de 2008, rec. 76/2007, ponente: Teso Gamella, Pilar, y de 8 de octubre de 2010, rec. 423/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa.

⁴¹⁴La SAN de fecha 18 de febrero de 2004 definió la deuda vencida aquella por la que ha transcurrido del plazo fijado para el cumplimiento y es exigible cuando se pueda reclamar judicialmente.

⁴¹⁵PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, págs. 368-369.

⁴¹⁶En www.istpbusiness.com

⁴¹⁷CAROLITA GONZÁLEZ, L. *Diccionario Jurídico*. Edit. Scribd, digital library. (<http://es.scribd.com/doc/48114934/490/Deuda-cierta>), pág. 95.

⁴¹⁸TIMONER GIMÉNEZ, J. “Una visión crítica de los registros de morosos: alegación de los mismos”. *Cuadernos críticos del Derecho*, pág. 102.

⁴¹⁹CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo III. Edit. Heliasta. 18ª edición, pág. 227.

pudiéndose encontrar pasajes que la califican como de irrefutable, incontestable, indiscutible⁴²⁰, inequívoca ó indudable⁴²¹, tal y como se analizará más adelante.

Para el estudio del concepto de deuda cierta se procede a diferenciar dos aspectos que lo conforman, como lo son el de la existencia de la deuda y la del importe y determinación de la cuantía de la misma, es decir, su liquidez.

3.4.2.- Existencia de la deuda. Proceso de formación y respeto de los derechos del consumidor.

Partiendo de la premisa de que la comunicación de la deuda a un fichero de morosos causa tanto un perjuicio moral como económico, debe observarse si la concreción de la deuda, acreditación y prueba de su existencia, se ha llevado a cabo preservando los más elementales derechos de toda persona en estos supuestos. Cabe destacar los concernientes a la carga la prueba, la presunción de inocencia o una correcta valoración de la prueba, (como es el caso de las presunciones).

A continuación, se lleva a cabo un análisis de cada uno de estos extremos con el objeto de comprobar si en la operativa de los ficheros de morosidad son respetados o no, en cuyo caso se estaría cediendo los datos de una deuda de forma ilegal.

3.4.2.1.- Unilateralidad

Como se ha venido exponiendo, a la hora de ceder unos datos deudores a un fichero común, el criterio que prevalece es que mientras no se pruebe lo contrario, la deuda declarada unilateralmente tiene el carácter de cierta, no correspondiendo a la parte que así lo ha determinado probar tal realidad existiendo una presunción de certeza. En ningún momento, ni en la Ley ni en la jurisprudencia, se establecen unos medios de prueba determinados que el acreedor deba acreditar a la hora de incluir unos datos en un fichero de este tipo y tan sólo será sancionado si a la postre, y una vez hecho el daño, el deudor consigue acreditar tras un procedimiento judicial que la deuda no tenían el carácter de cierta.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010⁴²², se recoge el parecer de la entidad reclamante, (cuyas pretensiones fueron estimadas), llegando

⁴²⁰STS de 15 de julio de 2010, citada, FJ ° decimo cuarto.

⁴²¹ STS, Sala Primera de lo Civil. Sección 1ª, de 6 de marzo de 2013, ponente Xiol Ríos, Juan Antonio, Fundamento de Derecho Cuarto.

a alegar que “con la frase impugnada establece una presunción *iuris et de iure* de que la deuda no es cierta, ni vencida, ni exigible, y en consecuencia, en ningún caso puede ser incluida en los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias; que permite dejar en manos del afectado el poder convertir unilateralmente en controvertida una deuda que no lo es, lo que a su juicio va en contra del principio de calidad de dato”⁴²³. Evidentemente, se trata de una interpretación interesada de la parte recurrente, quedando patente cómo se da por sentado de que la deuda existe. Aunque en la sentencia no se entra a debatir este extremo, lo que es cierto es que tampoco lo contradice y así lo debe entender, no haciéndose en la misma ninguna precisión sobre los requisitos probatorios que debe observar el presunto acreedor.

Cabe invocar el artículo 1.256 del Código civil el cual dispone “que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Aunque este artículo hace referencia, fundamentalmente, a que ninguna de las partes pueda desligarse del contrato por su propia voluntad⁴²⁴, se ha incluido porque viene a ser una manifestación más del principio que prohíbe decisiones unilaterales entre las partes que conlleven un perjuicio para la otra. Aplicando este precepto al objeto del trabajo, no cabe que el acreedor pueda determinar por sí solo si una deuda derivada de un contrato tiene tal condición, con efectos jurídicos innegables como lo es la aplicación del art. 29 de la LOPD, produciéndose una clara ilegal inversión de la carga de la prueba. PASQUAULIÑO⁴²⁵ lo entiende de esta manera al poner de manifiesto cómo el art. 1.256 del Código civil actúa como criterio para la interpretación de los contratos, indicando que probablemente sea esta función específica la más importante de este artículo, según el cual, en caso de duda, se debe favorecer la interpretación que minimice las posibilidades de una de las partes de condicionar unilateralmente la suerte del contrato⁴²⁶.

Por lo expuesto, resulta improcedente declarar de forma unilateral la existencia de una deuda. Quedaría por saber si con los documentos de los que dispone el acreedor bastaría para inscribir una deuda en un fichero de morosos⁴²⁷. La Ley

⁴²²Sentencia citada.

⁴²³STS de 15 de julio de 2010, citada, FJ 14°.

⁴²⁴Así lo ponen de manifiesto autores como SÁNCHEZ CALERO, F J, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia 2008, pág. 209, MORENO GIL, O, “Código Civil y jurisprudencia concordada”. Edit. Comares. 2006, pág. 1284 (STS 3 de diciembre de 1990).

⁴²⁵PASQUAULIÑO, M. *Jurisprudencia civil comentada*. Edit. Comares, 2009, pág. 2.272.

⁴²⁶La STS de fecha 26 de setiembre de 1963, (R 3771), Sala de lo Civil, ponente Ogayar y Ayllon, Tomás. Considerando Tercero “que más que un problema de interpretación es de eficacia contractual, la que no puede quedar a merced de un solo contratante”.

⁴²⁷La propia Instrucción 1/1995, cuya vigencia e importancia se viene defendiendo en el Trabajo, viene a dotar de mayores medios de prueba al presunto deudor pero, sin embargo, nada dice respecto a los medios probatorios que deba aducir el acreedor para poder inscribir la deuda en un fichero de morosos.

29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁴²⁸ nada dice al respecto a determinar una deuda como cierta respecto a documentos y su fuerza probatoria, pero aplicando la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴²⁹, se encuentran varias referencias a través de las cuales puede determinarse cuándo estamos ante una “deuda cierta”. En su exposición de motivos⁴³⁰, se deja constancia de que los documentos aportados a instancia de parte no conllevan, en sí mismo, la certeza de la deuda. Literalmente, se dice que “esta Ley se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico. Los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquéllos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico. Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica”.

Según lo anterior, un documento no conlleva, *per se*, la certeza de la deuda, sino que es un medio probatorio con mayor o menor fuerza en el desarrollo de un proceso judicial. Referente a la fuerza probatoria del documento público, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 1981⁴³¹ se establece que “el documento público sólo prueba en cuanto a las manifestaciones en él contenidas que han sido efectivamente hechas ante el Notario, pero no la veracidad intrínseca de tales declaraciones, cuya falta de correspondencia con la verdad puede evidenciarse por los medios que el art. 1.215 del C.c. señala” (derogado por la Lec)⁴³². Dicho artículo se refería a la capacidad probatoria de las partes que no ha sido restringida por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, sino

⁴²⁸Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE 14 Julio.

⁴²⁹Disposición Final Primera, Ley 29/ 1998.”Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”.

⁴³⁰LEC 1/200. Exposición de motivos. Apartado XI, párrafo 9º.

⁴³¹STS, Sala Primera, de lo Civil, 7 de Julio de 1981. Sala Primera, de lo Civil, ponente Castro García, Santos Honorio de, Considerando Primero.

⁴³²Art. 1215. C.c. (Redacción anterior a la entrada en vigor de LEC) “. Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones. Este artículo quedó derogado por el artículo 299 de la LEC, el cual dispone: Medios de prueba. 1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”.

aumentada. Pero es más, se termina exponiendo en esta sentencia que “nada impide al juzgador entender demostrada la certeza de una deuda que se afirma sobre la base de un contrato en contra de lo manifestado en escritura pública, aunque no se aporte el contrato con la demanda y se intente luego aportarlo en la segunda instancia, si llega el juzgador a esa certeza valorando los distintos medios de prueba unidos a las actuaciones y descartando lo manifestado en la escritura”. Si de la simple existencia de un documento se derivase la realidad y certeza de la deuda, sin más, estaríamos, igualmente, en presencia de una declaración unilateral sobre su certeza. PALOMAR OLMEDA⁴³³ opina que “dado que el legislador no admite una interpretación unilateral de una sola de las partes es claro que las formulaciones unilaterales deben ser seriamente preservadas por el ordenamiento porque pueden provocar un conflicto contractual que sólo al juez le corresponde realizar”. Según el autor, la normativa sobre protección de datos es instrumental respecto de la legislación sustantiva por lo que su interpretación no puede habilitar acciones o conductas que el ordenamiento sustantivo no permite. Por tanto, el incumplimiento no declarado mediante resolución judicial no es sino una interpretación unilateral hecha por una de las partes. Tan solo debería valer para iniciar las acciones legales en reclamación del pago de una deuda. Así lo entiende este último autor al decir que el impago es una circunstancia fáctica en la vida de un contrato privado que necesita para producir efectos reales la determinación y concreción (de carácter constitutiva) de un órgano judicial que señale y establezca el mismo. Se comparte plenamente esta consideración, que se erige como pilar básico de la tesis, al entenderse que tan solo un órgano judicial es quien puede calificar la existencia de una deuda y su exigibilidad, como en apartados posteriores se irá analizando.

Tanto las entidades financieras como las de telecomunicaciones se basan en documentos de facturación a la hora de incluir a un presunto deudor en un registro de morosos, emitidos de forma unilateral. Es decir, ni tan siquiera se acompaña un contrato privado con la firma estampada de ambas partes. En la práctica habitual, los datos “deudores” son cedidos mediante comunicación electrónica sin necesidad de justificarse ni aportarse documentación alguna⁴³⁴. El Banco de España impone que la cesión de este tipo de datos a la Central de Información de Riesgos debe llevarse a cabo por vía telemática⁴³⁵. Ninguna

⁴³³PALOMAR OLMEDA, A. *Los derechos personales ...* Obra citada, págs. 25-26.

⁴³⁴Estas afirmaciones se llevan a cabo por quien escribe la tesis ya que en el desempeño de su cargo como árbitro de consumo tanto la Comunidad de Madrid como en el Ayuntamiento de Madrid, ha tenido ocasión de verificar este extremo en multitud de ocasiones durante varios años

⁴³⁵Circular 3/ 1995, de 25 de septiembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Central de Información de Riesgos (BOE de 7 de octubre). Norma Quinta. “Forma de declarar. Apartado Primero. 1. Todas las comunicaciones de datos entre las entidades. declarantes y la CIR, tales como declaraciones, rectificaciones y cancelaciones de datos, y peticiones de informes y códigos de no residentes, se realizarán por vía telemática”.

referencia se hace a mandar ningún tipo de documento “escaneado” que justifique la presunta posición deudora (aunque difícilmente podría acreditarse la realidad de una deuda mediante una copia y no con un documento original). Entendemos que a la hora de cederse un dato moroso, previamente debe concretarse la propia existencia de la deuda. Resulta invocable el artículo 1.089 del Código civil, el cual dispone que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Si el acreedor no probase la existencia de la obligación de la que deriva la deuda, como pueda ser mediante un contrato, no debería comunicarse al no acreditarse su origen. Desde el punto de vista del presunto deudor, si por este se entablase acción o reclamación que tuviera por objeto cancelar la relación contractual, de igual modo la presunta deuda no podría ser comunicada en tanto no quedase acreditada la relación obligacional y, por ende, la existencia de la deuda. Resulta indudable que si un contrato es origen de una relación obligacional, de no acreditarse la primera no existiría la segunda. Autores como BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO⁴³⁶, DIEZ PICAZO⁴³⁷ ó ALBADALEJO⁴³⁸ catalogan al contrato como fuente de obligaciones en el entorno de la autonomía de la voluntad, constituyendo la otra fuente, la ley.⁴³⁹

Por tanto, en ningún caso puede admitirse la consideración del concepto de deuda cierta formulada unilateralmente por parte del acreedor ni aún fundándose en documentación como facturación o contratos, aunque sea así como se está operando.

3.4.2.2.- Carga de la prueba

Si se parte de la presunción de veracidad y existencia de la deuda comunicada por el acreedor, es el deudor el que deberá desmentirlo, contraviniendo esta

⁴³⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R. *Comentarios al Código Civil*, 2ª edición. Edit. Aranzadi 2006, pág. 1.294.

⁴³⁷DÍEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Edit. Tecnos 1985, pág. 141.

⁴³⁸ALBADALEJO, M. Obra citada, pág. 279.

⁴³⁹La jurisprudencia reconoce el carácter de fuente del derecho al contrato al estar contenido en el art. 1089 C.c. Cabe citar la STS, Sala segunda de lo Penal, de 15 de octubre de 1.990, ponente Delgado García Joaquín, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se dispone que “ y de modo general en el art. 1089 del C.C., norma fundamental en materia de fuentes de las obligaciones”. En la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 Feb. 1997, recurso 650/1993, ponente: González Poveda, Pedro, en su fundamento jurídico Tercero se hace constar que “...Alegada infracción del art. 1089 C.C., tal precepto, por su carácter general enumerador de las fuentes de las obligaciones...”, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de diciembre de 1998, ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, en su Fundamento de Derecho Primero se constata que “...Así resumido el motivo, que mantiene el derecho a repercutir lo pagado, ha de acogerse, pues la obligación nacida de la cláusula cuarta del contrato (fuente de la obligación, según el art. 1089 del C.c) tiene fuerza de Ley entre las partes”. En igual sentido, cabe citar la STS, Sala Primera, recurso 2504/ 2001, de 6 de junio de 2008, ponente: Corbal Fernández, Jesús.

situación el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la carga de la prueba, disponiendo en su apartado 2, que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”. En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de Febrero de 1981⁴⁴⁰ se hace constar que “corresponde la carga de la prueba, en el sentido de pechar con las consecuencias de su falta, al litigante que anuncia el derecho y al que reconviene, en su interés, aportar los datos con los constitutivos del supuesto de hecho que fundamenta el derecho que postula, y lógicamente, por lo mismo, que corresponde la prueba al oponente o a la parte que contradiga aquel hecho si esta contradicción supone introducir un hecho distinto, ora totalmente opuesto o negado el contrario”.

Determinado que corresponde a aquella persona probar los hechos que invoca, deviene fundamental definir el concepto de prueba y su necesidad. GUASP⁴⁴¹ opina que las simples alegaciones no constituyen prueba⁴⁴², definiéndola como aquella actividad que se propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos. CORTÉS DOMÍNGUEZ⁴⁴³ conceptúa la prueba como la actividad encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad, de tal manera que la actividad probatoria tiende a fijar hechos para que el juez los tome como verdaderos. MONTERO AROCA⁴⁴⁴ entiende por prueba una actividad posterior a las alegaciones de las partes para confirmarlas de hecho, con el objetivo de convencer al juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso para fijarlos conforme a una norma legal, siendo su función el descubrimiento de la verdad⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de Febrero de 1981, ponente: Vega Benayas, Carlos de la, considerando 4º.

⁴⁴¹GUASP J., *Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción y Parte General*. Séptima Edición. Edit. Aranzadi. 2005, págs. 373-374.

⁴⁴² La doctrina judicial apunta que no debe entenderse por prueba una mera manifestación de parte. En este sentido la SAP de Alicante, Sección 9ª, de 1 Mar. 2007, recurso 211/2007, ponente: Caturra Juan, Encarnación, en su Fundamento de Derecho Segundo se hace constar “Y analizados todos los documentos aportados y la propia confesión citada, no ha quedado probada la premisa mayor (deuda inicial) de la que deriva la actual reclamación e incumbiendo la carga de la prueba de tal premisa a la parte demandante, como hecho constitutivo del derecho que reclama sobre la base de la doctrina anteriormente expuesta; pues el único documento que refiere tal deuda (doc. nº6) no es sino una mera manifestación de parte.”

⁴⁴³CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia 2010, pág. 183.

⁴⁴⁴MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia 2007, págs. 246-247.

⁴⁴⁵MONTERO AROCA, J. Obra citada, pág. 248. El autor hace referencia a que esta búsqueda de la verdad a través de la prueba se encuentra en la doctrina en el siglo XIX, y en buena parte del actual, para

Es decir, mediante la prueba se pretende alcanzar la certeza de lo alegado. Cabe recordar como el propio artículo 29 de la LOPD requiere que la deuda sea cierta. Por otro lado, lo descrito con anterioridad se incardina en el marco de un procedimiento judicial cuyo corolario es la determinación por parte del órgano judicial si existe o no existe deuda. Pero, ni tan siquiera al margen del dicho procedimiento podríamos considerar que estamos en presencia de una deuda, porque, a la hora de transmitirse los datos a un fichero sobre solvencia patrimonial, no se aporta ningún tipo de documentación ni prueba por parte del presunto acreedor al titular del fichero de morosidad.

En resumen, no se está cumpliendo con lo obligado en el art. 29 LOPD, ya que se cedan deudas que no tiene el carácter de ciertas al no aportarse prueba alguna que determine, precisamente, su certeza.

Cuando un acreedor facilita unos datos a una empresa de información sobre solvencia patrimonial, se origina una situación asimilable a la de un embargo inscrito en un Registro de la Propiedad, (con las salvedades propias de las consecuencias de un embargo). Al fin y al cabo, los datos de morosidad figuran en un registro como aviso para navegantes conllevando, en la mayoría de los casos, la denegación de un crédito, tal y como se ha expuesto, así como referencia a la situación económica de la persona. Sin embargo, en el caso del embargo, no es posible inscribirlo sino tras un procedimiento judicial en el que la parte demandada tiene la oportunidad de probar lo que a su derecho estime conveniente, no ordenando el Juez la debida inscripción en tanto la deuda no esté debidamente probada. Consideramos que nadie puede ser inscrito en un fichero con acceso público con resultados negativos hacia su persona y sin su consentimiento sin haber mediado un procedimiento judicial como sucede, a título de ejemplo, en un registro de antecedentes penales, registro de la propiedad, registros mercantiles, etc., resultando que uno de estos ficheros de morosos es un fichero público, el dependiente del Centro de Información de Riesgos (CIRBE)⁴⁴⁶. Resulta patente el grado de desigualdad en el que tanto la Ley como la jurisprudencia vienen tratando la concreta situación jurídica en torno a los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito. Esta situación de desequilibrio fue expuesta por el Defensor del Pueblo⁴⁴⁷, comunicando la iniciativa del Sindic de Greuges de Catalunya tendente a mejorar la información y la capacidad de reacción de los titulares de datos personales incluidos en ficheros dedicados a la emisión de informes de solvencia patrimonial y crédito.

la que las pruebas son diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento o de la verdad (Bonnier)

⁴⁴⁶Se hace remisión al apartado del trabajo “Crítica a la STS de 15 de julio de 2010”.

⁴⁴⁷En la Memoria de la AGPD relativa al año 2003, pág. 35.

A la hora de cederse los datos al fichero de morosidad no solamente no se exigen mayores requisitos probatorios al acreedor, sino que se vedan posibilidades de prueba al deudor además de invertirse la carga de la prueba al recaer en este la necesidad de iniciar un procedimiento ante la Agencia de Protección de Datos y, en su caso, ante la Audiencia Nacional, para poder probar la no realidad de una deuda. Esta situación de desigualdad es expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009⁴⁴⁸, en concreto al decirse que "...supone infringir el artículo 217 de la LEC puesto que se hace recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho que correspondía acreditar a la otra, con evidente vulneración, además, del principio de igualdad de armas, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso con todas las garantías ...". Esta línea jurisprudencial es plasmada por el propio Tribunal Constitucional⁴⁴⁹ quien hace constar que "del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio". La LEC, en su exposición de motivos⁴⁵⁰, destaca que "la oposición a la ejecución no es una suerte de compensación a una pretendida debilidad del título, sino una exigencia de justicia". Si se entiende que es una exigencia de justicia el permitir al ejecutado poder oponerse a la ejecución, cabe deducir que también sería de justicia permitir a un presunto deudor oponerse a la inclusión de sus datos en un fichero sobre solvencia patrimonial antes de llevarse a cabo. Cabe decir que aquí no opera este principio.

La jurisprudencia viene estableciendo que debe ser en todo caso el acreedor el que pruebe la realidad de la deuda, aun encontrándonos en presencia de un título ejecutivo. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 17 de mayo de 2006⁴⁵¹, se prevé la circunstancia de que los "albaranes y facturas unilateralmente confeccionados por la parte actora sirven para acreditar la existencia de relaciones comerciales, pero sin dejar constancia de la certeza de la deuda cuando el demandado no reconoce como propia la firma estampada en los mismos". En su fundamento de derecho segundo se nos dice que "al actor le corresponde probar la existencia de la pendencia de la deuda, y a ello no puede bastar una mera factura (que puede ser confeccionada unilateralmente), sino que

⁴⁴⁸STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2009, recurso 2064/ 2004, ponente Seijas Quintana, José Antonio, Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴⁴⁹STC, Pleno, Sentencia 48/2008 de 11 Mar. 2008, recurso 1784/2004, ponente: Casas Baamonde, María Emilia. Fundamento Jurídico 3.

⁴⁵⁰LEC, Exposición de Motivos. Apartado XVII, párrafo 5º.

⁴⁵¹SAP de Toledo de fecha 17 de mayo de 2006, Sección 1ª, recurso 327/ 2005.

al tratarse de una mercantil con una contabilidad oficial , y con ello un depósito anual de cuentas, estuvo en su mano aportar la misma, a los efectos de conocer el estado contable y de las relaciones con la mercantil demandada, o traer a la *litis* a los empelados que contrataron con la mercantil demandada, con la finalidad de probar su aseveración”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2002⁴⁵² insiste en el extremo de no reconocer al Banco de turno fe pública ni tan siquiera la presunción de certeza sobre la consideración de una deuda, exigiendo a la entidad financiera el acreditar la realidad de la existencia de la deuda. Interesante resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2001⁴⁵³ en la que se hace constar que el saldo reclamado en el procedimiento judicial resulta de una mera certificación aportada por la actora y expedida por los apoderados de la oficina bancaria en cuestión, considerándose insuficiente para acreditar la certeza de la deuda, ya que en caso contrario, se continua diciendo, a la mera declaración de cualquiera debería reconocérsele el mismo efecto.

Es el acreedor el que debe probar la realidad de la deuda cuya información se cede, sin que en la práctica habitual se esté llevando a cabo, por lo que la deuda no tiene el carácter de cierta y veraz cediéndose al margen de lo requerido en el art. 29 LOPD, apartado 4^o⁴⁵⁴.

Esta vulneración legal resulta más palpable, si cabe, en situaciones en las que existe una presunción *iuris tantum* de que el consumidor es el que tiene razón y, sin embargo, no es tenida en cuenta. Nos referimos a la presunción a favor del consumidor ya indicada (RDL 1/2007⁴⁵⁵).

3.4.2.3.- Presunción de inocencia

Inevitablemente, al no respetarse la reglas de la carga de la prueba se produce una situación de presunción de culpabilidad y, en consecuencia, de no respeto a la presunción de inocencia.

La atribución de presunción culpabilidad de cara al titular de los datos objeto de cesión puede encontrar respuesta en la primacía que se otorga al sistema

⁴⁵²SAP de Barcelona, sección 12ª, de fecha 27 de diciembre de 2002, recurso 231/ 2002.

⁴⁵³SAP de Barcelona, Sección 14ª, de fecha 14 de Mayo de 2001 (recurso 1392/ 1999).

⁴⁵⁴La SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 15 de febrero de 2006, recurso 487/2004, ponente Sanz Calvo, María Luz Lourdes, literalmente dice que “quién es responsable del fichero ha de tomar las diligencias adecuadas para garantizar que esos datos sean ciertos, es decir, se ajustan a la realidad, más cuando se decide por ese responsable su destino a un fichero de los denominados de morosos que su inclusión sí afecta a la fama de las personas, especialmente en una realidad tan importante actualmente como son las de relaciones económicas”.

⁴⁵⁵Art. 120 c).Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,

financiero frente a los derechos de los titulares de los datos objeto de transmisión. A título de ejemplo, el ya derogado art. 1.435 de la L.E.C.⁴⁵⁶, en su segundo párrafo, se permitía solamente a las entidades financieras, determinar de forma unilateral la deuda en los contratos de crédito. Resulta inexplicable por qué a otros colectivos no le era concedida tal posibilidad.

Este planteamiento de presunción de culpabilidad produce en la práctica supuestos de auténtica indefensión por parte del consumidor. La gran mayoría de las contrataciones en el entorno de la telefonía se llevan a cabo por vía telefónica, de tal forma que si a un consumidor se le reclama una deuda por un servicio que no tienen contratado por haberlo cancelado telefónicamente, (en tiempo y forma oportuno), no le quedará más remedio que pagar dicho importe, aunque no sea procedente, porque de lo contrario será inscrito en uno de estos ficheros. No solo esto, sino que es posible que incluso no pueda probar la cancelación contractual ya que bastaría a la Compañía decir que no le consta ningún tipo de comunicación ni grabación sobre la cancelación del contrato por lo que procedió a prorrogarlo de acuerdo con el contrato, sin que ante esta situación nada pueda hacer el consumidor.

Paralelamente a esta consideración de que el moroso, *a priori*, es la parte incumplidora, obviamente no se le respeta su derecho constitucional a la presunción de inocencia. El art. 24 de la Constitución Española dispone que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El art. 24 CE también dispone que todos tienen derecho a la presunción de inocencia⁴⁵⁷, suponiendo el reconocimiento por primera vez como derecho con rango constitucional. En ninguna otra

⁴⁵⁶Art. 1435 Ley de Enjuiciamiento Civil. Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881. “Sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas: 1.- En dinero efectivo. 2. En moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente. 3. En cosa o especie computable en dinero. El límite de cantidad antes señalado podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos. En todo caso, será preciso que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación. Si en los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta Ley, se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible”.

⁴⁵⁷Art. 24.2 CE “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Constitución en nuestro país se había contemplado tal derecho siendo introducido en la nuestra sin apenas debate parlamentario⁴⁵⁸.

El hecho de estar considerada la presunción de inocencia como un derecho fundamental conlleva su aplicación directa e inmediata, vinculando a todos los poderes públicos. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1.981⁴⁵⁹ “una vez consagrada constitucionalmente la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”. El contenido de este derecho fundamental no es disponible por legislador, que en todo caso ha de respetarlo (art. 53.1 CE⁴⁶⁰) y desarrollarlo por medio de Ley Orgánica⁴⁶¹.

La presunción de inocencia es un concepto más utilizado en el entorno del derecho penal, donde alcanza su máxima expresión, pero la sentencia Tribunal Constitucional de 1 de abril de 1.982⁴⁶², afirmó que el “derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se basa en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionable para las mismas o limitativo de sus derechos“. La anterior doctrina se ha ido matizando en el sentido de que el derecho a la presunción de inocencia, como apunta MONTAÑÉS PARDO⁴⁶³. “actúa siempre que deba adoptarse una resolución, judicial o administrativa, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos”⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸MONTAÑÉS PARDO, M A, *La presunción de inocencia Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Edit. Aranzadi, Madrid, 1999.

⁴⁵⁹STC, Sala Primera, de 28 de Julio de 1981, recurso 113/ 1980, Fundamento Jurídico 2, ponente Begué Cantón, Gloria.

⁴⁶⁰Art. 53. 1 CE. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

⁴⁶¹Art. 81. 1 CE ” Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

⁴⁶²STC, Sala Primera, de 1 de Abril de 1.982, recurso 179/ 1980, ponente Díez de Velasco Vallejo, Manuel. Fundamento Jurídico 2.

⁴⁶³MONTAÑÉS PARDO, M A. Obra citada, págs. 51 y 52.

⁴⁶⁴El Tribunal Constitucional así lo recoge en sentencias, entre otras, de fechas 1 de abril de 1982, Sala Primera, recurso 179/ 1980, ponente: Díez de Velasco Vallejo, Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 8 de Marzo de 1985, Sala Primera, recurso 174/1984, ponente: Díez de Velasco Vallejo, de 16 de Febrero de 1989, Sala Segunda, recurso 6/1987, ponente: García-Mon y González Regueral, Fernando, y de 17 de Septiembre de 1990, Sala Segunda, recurso nº 901/1988, ponente: Díaz Eimil, Eugenio.

Aunque la cesión de datos a un fichero sobre solvencia patrimonial se lleve a cabo al margen de un proceso judicial, resulta igualmente aplicable el principio de presunción de inocencia ya que también “opera en situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho de que apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza a las relaciones jurídicas de otro tipo⁴⁶⁵”. Lo expuesto cobra más importancia si tenemos en cuenta que el fichero de referencia sobre datos morosos, el CIRBE, depende de una entidad estatal (Banco de España) sometida a derecho público y teniendo el carácter de resolución la incorporación de un dato sobre morosidad en este fichero.

La observancia de la presunción de inocencia tiene un claro reflejo en los denominados “juicios paralelos”, es decir, en las informaciones que aparecen en los medios de comunicación sobre un asunto que se está viendo en los Tribunales de Justicia, llevándose a cabo valoraciones legales y éticas del comportamiento de personas implicadas en los hechos cometidos. Tal y como se afirma desde Consejo General de la Abogacía Española, en estos casos se realiza un auténtico juicio, es decir, se juzga, emitiéndose un pronunciamiento de culpabilidad. Debe entenderse que la recreación de los hechos va más allá incluso de la emisión de una mera opinión de que existe culpabilidad, realizando una valoración de las pruebas, y llegando a ser un juicio sobre la culpabilidad del acusado hasta el punto de que no quede duda en cuanto a la implicación y potencial culpabilidad de aquel, llegando los medios de comunicación a erigirse en verdaderos jueces⁴⁶⁶ y ⁴⁶⁷.

En este sentido se ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional exigiendo una información veraz y obligando a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia, reconocida en el art. 24.2 CE, no pudiéndose admitir una noticia publicada en un medio de información que no respete dicho derecho fundamental⁴⁶⁸. Los ficheros de morosos son también medios informativos donde

⁴⁶⁵STC, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1986, recurso 664/ 1985, ponente Díez Picazo Ponce de León, Luis, Fundamento de Derecho 1.

⁴⁶⁶CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. *Los denominados juicios paralelos o virtuales emitidos en medios audiovisuales que representan y reproducen hechos que constituyen el objeto de un proceso penal en situación de litis pendencia*. Informe número 7/2011. Informes 2011. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, págs. 96-97.

⁴⁶⁷Así se ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de Febrero de 2004, Sala Primera, recurso 1176/1998, ponente: Villagómez Rodil, Alfonso, y de 7 de Octubre de 2009, Sala Primera, recurso 2363/2005, ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

⁴⁶⁸STC, Sala Primera, de 16 de enero de 1996, recurso 2430/ 1994, ponente Ruiz Vadillo, Enrique, STC, Pleno, de 20 de julio de 1999, recurso 5459/ 1997, ponente Viver Pi Sunyer, Carles, STC, Sala Segunda, de 25 de octubre de 1999, recurso 601/ 1994, ponente Mendizábal Allende, Rafael de, STC, Pleno, de 17 de marzo de 2001, recurso 3805/ 1998, ponente González Campos, Julio Diego, STC, Pleno, de 17 de marzo de 2001, recurso 3835/ 1998, ponente Casas Baamonde, María Emilia, STC, Pleno, de 17 de marzo

se incluye una información sin respetar el derecho a la presunción de inocencia. Esta divulgación de información se recoge en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/ 1982, con la redacción dada por la LO 10 / 1995, disponiéndose que “tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Este extremo es contemplado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 14 de enero de 2003⁴⁶⁹ en la que se llega a matizar que la divulgación a que alude el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/ 1982 no queda reducida a la difusión de información en un medio de comunicación, sino que por tal ha de entenderse toda propagación o publicación de una cosa que se pone al alcance del público. Igualmente, se puntualiza que “divulgar es transmitir lo que se conoce a un gran número de gente, o poner a su disposición una información a la que por un simple acto de voluntad se puede acceder”, para terminar por decir que “en razón a lo que acabamos de exponer, la inclusión de la demandante en una relación de morosos afecta negativamente a su crédito y reputación comercial y, en suma, a su prestigio mercantil incardinado en la forma expuesta en el honor”.

CAAMAÑO⁴⁷⁰ expone que los ciudadanos son perfectamente conocedores de sus derechos, no permitiendo que se anticipen conclusiones sobre sus conductas reclamando el derecho a no ser objeto de sospecha mientras no se pruebe lo contrario, siendo solo un Juez mediante sentencia firme y definitiva quien pueda desvirtuar la presunción de inocencia.

Fuera de los casos en que el consumidor reconozca la deuda, consideramos que tan solo mediante un proceso judicial una deuda puede llegar a ser considerada como veraz y cierta, tal y como venimos repitiendo.

Una vez delimitada la casuística sobre la existencia o no de deuda cierta, cabe concluir que la cesión de datos a los ficheros comunes se está llevando a cabo de forma irregular al no tener capacidad el acreedor para determinarla por sí solo, sin aportar prueba alguna que determine la deuda como cierta y con desprecio de un derecho fundamental como lo es la presunción de inocencia, siendo preciso un procedimiento judicial que declare la existencia y certeza de la deuda, y poder así inscribirla en un fichero de morosos.

de 2001, recurso 3836/ 1998, ponente Viver Pi – Sunyer, Carles, STC, Pleno, de 17 de marzo de 2001, recurso 3862/ 1998, ponente Jiménez Sánchez, Guillermo.

⁴⁶⁹SAP de Madrid, de 14 de enero de 2003. Sentencia nº 12/2003, Sección 2ª, ponente: Adoración María Riera Ocariz. Recurso nº 15/2002.FJ Tercero.

⁴⁷⁰CAAMAÑO, F. *La Garantía Constitucional de la Inocencia*. Edit. Tirant lo Blanch. Universitat de Valencia. 2003, pág. 15.

3.4.3.- La determinación judicial de la deuda (LEc y jurisprudencia).

Evidentemente, la deuda lo es o no lo es. No cabe que en un principio lo sea y que después los jueces digan que no, por lo que para saber si una deuda tiene tal condición habrá que esperarse a su pronunciamiento judicial, a no ser que sea consensuada entre las partes. El artículo 29 LOPD no dispone que deba existir una apariencia de deuda sino a una deuda veraz, y su Reglamento exige que sea cierta, vencida y exigible⁴⁷¹. Al fin y al cabo, la palabra cierto/ a, se define en el diccionario de la Real Academia Española como “conocido, verdadero, seguro, indubitable”⁴⁷². La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, define el término certeza al decir que “el adjetivo cierto es sinónimo de irrefutable, incontestable, indiscutible, etc.”⁴⁷³. En otra sentencia del TS, de 6 de marzo de 2013⁴⁷⁴ se califica a la deuda cierta como de inequívoca e indudable. La Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 8 de abril de 2011⁴⁷⁵, sienta los criterios de la Sala, haciéndose constar que el empleo de dichos medios accesorios (inscripción en ficheros de morosos) solo es válido cuando la existencia y contenido de la deuda sea completamente incontrovertido y que solo en ese caso puede utilizarse la anotación en el fichero de morosidad si se cumplen para ello los requisitos y exigencias que se derivan de la aplicación del Reglamento de la LOPD. Resulta evidente que una deuda no podrá tener la consideración de cierta si la determina de forma unilateral una de las partes y sin estar sometida al más mínimo control judicial. De hecho, un gran número de sentencias dan la razón al presunto deudor declarando que la deuda objeto de inscripción no tenía tal consideración, por lo que la deuda que facilita el acreedor no puede tener el carácter de segura o indubitable ya que un juez, “a posteriori”, puede contradecir la calificación que dio el acreedor⁴⁷⁶.

⁴⁷¹RDLOPD. Art. 38. 1.a).

⁴⁷²Real Academia Española Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda Edición. Edit. Espasa Calpe, pág. 550.

⁴⁷³STS de 15 de julio de 2010, citada, FJº decimocuarto.

⁴⁷⁴STS de 6 de marzo de 2013, citada, FJº cuarto.

⁴⁷⁵SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Abril de 2011, recurso 775/2009, ponente: Guerrero Zaplana, José, Fundamento Jurídico tercero.

⁴⁷⁶En concreto, cabe citar las Sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 15 de Octubre de 2009, recurso 617/2008, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 18 de Enero de 2006, recurso 236/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 23 de Noviembre de 2005, recurso 106/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, de 27 de Febrero de 2008, recurso 76/2007, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, de 14 de septiembre de 2006, recurso 7/2005, ponente Sanz Calvo, Lourdes, de 27 de febrero de 2008, recurso 76/2007, ponente Teso Gamella, Pilar, de 8 de octubre de 2010, recurso 423/2009, ponente Veiga Nicole, Elisa, de 27 de febrero de 2009, recurso 5/2009, ponente Gracia Muñoz, Mª Jesús de 10 de junio de 2011, recurso 656/2010, ponente Veiga Nicole, Elisa, de 19 de Mayo de 2011, recurso 622/2009, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 11 de Febrero de 2009, recurso 405/2007, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 21 de Noviembre de 2007, recurso 215/2006, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 25 de Mayo de 2005, recurso 516/2003, ponente: Fernández García, José Arturo, de 17 de junio de 2010, recurso 372/2009, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 21 de enero de 2010, recurso 224/2009, ponente Sanz Calvo, Lourdes, de 26 de marzo de 2008, recurso 416/2007,

A través de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podemos deducir que solo a través de un procedimiento judicial una deuda adquirirá su condición de cierta, y no antes. Profundizando en el estudio de esta Ley procesal, en sus diferentes secciones encontramos conceptos que pueden ser trasladables a los efectos interesados.

3.4.3.1.- El juicio monitorio

En la regulación del juicio monitorio, en el artículo 815 de la LEC, sobre la admisión de la petición y requerimiento de pago, se determina que “si los documentos aportados con la petición fueran de los previstos en el apartado 2 del 812⁴⁷⁷ o constituyeren un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla, el Secretario judicial requerirá al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague al peticionario, acreditándolo ante el Tribunal, o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada”.

Al principio de prueba se le atribuye valor como para poner en marcha un procedimiento judicial, mientras que al consumidor le es vedada la posibilidad de valerse de un principio de prueba a la hora de oponerse a la inclusión de sus datos en un fichero de morosidad, como ya se ha visto⁴⁷⁸.

El art. 815 de la LEC, apartado 3⁴⁷⁹, regula un sistema de control judicial sobre la documentación aportada, pudiendo denegarse o rebajarse la cantidad reclamada por no reunir los requisitos para considerar la deuda tal y como pretende el peticionario del proceso, deduciéndose que no puede ser cierta a la sola instancia del presunto acreedor. En esta fase de admisión debe efectuarse un doble control. Uno genérico sobre la identidad del acreedor y deudor, capacidad procesal, etc. y

ponente Teso Gamella, Pilar, de 29 de octubre de 2009, recurso. 56/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, de 3 de junio de 2010, recurso 559/2009, ponente: Buisán García, Nieves.

⁴⁷⁷Art. 815.2 LEC “ Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudir al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: 1.º Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera. 2.º Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos”.

⁴⁷⁸Se hace referencia al apartado del trabajo “crítica a la STS de fecha 15 de julio de 2010”, donde se hace un estudio sobre el escaso valor que se da al principio de prueba cuando es aportada por el presunto deudor.

⁴⁷⁹Art. 815.3 LEC. “Si de la documentación aportada con la petición se desprende que la cantidad reclamada no es correcta, el secretario judicial dará traslado al juez, quien, en su caso, mediante auto podrá plantear al peticionario aceptar o rechazar una propuesta de requerimiento de pago por el importe inferior al inicialmente solicitado que especifique. En la propuesta, se deberá informar al peticionario de que, si en un plazo no superior a diez días no envía la respuesta o la misma es de rechazo, se le tendrá por desistido”.

otro específico de análisis de los documentos aportados y si de ellos se deduce *prima facie* la existencia de la deuda⁴⁸⁰. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de Junio de 2009, destaca la necesidad de que el juez compruebe si la documentación hace verosímil una deuda, previendo la Ley la intervención judicial no ya solo para establecer la certeza de la deuda, sino simplemente para decir si reúne condiciones de verosimilitud, condición esta que, entonces, tampoco cabe atribuir de forma automática a la deuda si no es con la intervención judicial. El juzgador, junto al término “verosimilitud” emplea el de la “buena apariencia” jurídica de la deuda, insistiéndose en que la deuda debe acreditarse documentalmente, pudiendo además el demandado oponerse a dicha reclamación⁴⁸¹.

En esta misma resolución se valora la carga probatoria de un documento que supone una excepción a la regla general sobre la liquidación de la deuda al poderla llevar a cabo de forma unilateral el propio acreedor, como lo es el caso de los contratos de crédito⁴⁸². El Auto nos dice que “en el presente caso, los documentos en los que se basa la solicitud del proceso monitorio, son el contrato de apertura de cuenta firmado por el demandado y el certificado del saldo deudor, que si bien se trata de un documento unilateralmente redactado por el

⁴⁸⁰SAP de Cádiz, sección 7ª, de 14 de abril de 2003.

⁴⁸¹AP de Madrid, Sección 12ª, Auto de 23 de Junio de 2009, recurso 63/2008, ponente: Orejas Valdés, Margarita, en su fundamento jurídico Segundo se hace constar que “el procedimiento monitorio tiene por finalidad permitir al acreedor que inicialmente carece de título ejecutivo seguir una ejecución dineraria contra su deudor salvo que se oponga este. Es claro que como condición *sine qua non* para la admisibilidad de tal petición, está y así se deduce del art. 812 de la LEC la de que nos encontremos ante un crédito sustentado en una base documental que se corresponde con una deuda en dinero determinada, vencida y exigible, por lo que el Juzgador de Instancia ha de limitarse una vez constatado su competencia objetiva, funcional y territorial a analizar si la deuda cumple o no los requisitos del citado art. 812 y si se aporta o no la base documental que la justifica, accediendo a tal si hay verosimilitud de la deuda, no siendo preciso su confirmación la cual es propio del declarativo, como se infiere del art. 815 de la LEC, ya que de ser otra la interpretación exigiendo la certeza absoluta de la deuda decaería el sentido de esta nueva institución que deja en manos del deudor la decisión de oponerse o no al requerimiento de pago. Es cierto que el órgano judicial debe contemplar si concurren los requisitos básicos que el art. 812 establece para admitir a trámite la petición inicial emitiendo un requerimiento de pago al deudor, y por ello debe examinar si del documento que se acompaña a la solicitud resulta una base de buena apariencia jurídica de la deuda, sin que ello implique una exigencia desmesurada, más allá de lo que la Ley requiere, ya que en tal caso la finalidad y eficacia de dicho proceso se perdería, que no es otra que el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible de cantidad determinada, que no exceda de 30.000.-€ una vez que el deudor tiene la posibilidad de oponerse a la ejecución despachada con lo que no se le causa indefensión alguna, lo único que supone es situar al demandado ante la opción de pagar o de alegar razones, manifestando su discrepancia con el acreedor. De tal modo la deuda dineraria, vencida y exigible, debe acreditarse documentalmente, enumerando la ley un elenco amplio de posibilidades, sin que constituya un "numerus clausus", rigiendo en este punto la libertad de forma, en cantidad determinada, no cabiendo interpretación alguna en cuanto a su fijación e importe”.

⁴⁸²Art. 572. 2 LEC. “Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones 2. También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación.”

acreedor, la ley lo admite, y existe un principio de prueba documental sobre la existencia de la deuda que se reclama”⁴⁸³. Continúa diciendo la sentencia que “no procede que el tribunal entre a valorar más allá de la exigibilidad de la deuda, cuando los documentos presentados permiten considerar verosímil y probable que la deuda reclamada sea cierta”. Resulta muy esclarecedor este pasaje de la sentencia, porque analiza el único documento que puede elaborarse de forma unilateral por el acreedor con fuerza ejecutiva. De existir algún documento que realizado de esta forma pueda tener la consideración de deuda cierta, no es ni más ni menos que este y, sin embargo, a estas deudas así liquidadas el juzgador las califica como un principio de prueba documental sobre la deuda que se reclama, pudiendo los tribunales considerar dicha deuda como “verosímil” ó “probable de que sea cierta”, nada más.

La doctrina científica así lo entiende. DE LA OLIVA SANTOS⁴⁸⁴ apunta que una vez hecha la solicitud del procedimiento monitorio corresponde al juez comprobar si el documento que se acompaña y con el que se funda la petición, (aunque se haya realizado de forma unilateral por el acreedor), se desprende un principio de prueba y puede considerarse verosímil y probable que la deuda exigible sea cierta. Añade que el papel del tribunal es similar al de la apreciación de medidas cautelares, opinando el autor que la admisión del documento debe conducir a sentar una presunción favorable a su suficiencia. Señala, asimismo, que ningún documento prueba íntegramente todos los hechos constitutivos de una pretensión. Para RODRÍGUEZ MORÁN⁴⁸⁵ la legitimación para interponer este procedimiento vendrá dada por la presentación de un documento por el que *a priori* pueda desprenderse la existencia de una deuda y si no cumple con este requisito no se podrá admitir a trámite la petición.

La necesidad de presentar documentación junto con la petición no es recogida por todas las legislaciones. En países del centro y norte de Europa no se precisa, bastando la simple afirmación por parte del demandante⁴⁸⁶. Este sistema, denominado “puro”, podría haberse adoptado por nuestra legislación, aunque se optó por el documental. El reconocimiento del sistema documental en nuestro ordenamiento es contemplado en el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de junio de 2003⁴⁸⁷. La Agencia de Protección de Datos, en su

⁴⁸³Auto citado de la AP de Madrid, de 23 de junio de 2009, FJ Segundo, párrafo quinto.

⁴⁸⁴DE LA OLIVA SANTOS, A. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Edit. Civitas Madrid 2001, págs. 1.366 -1376,

⁴⁸⁵RODRÍGUEZ MORAN, M. A. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Notas y Doctrina de Tribunales*. Edit. Civitas. Pamplona 2011, pág. 2883.

⁴⁸⁶XIOL RÍOS, J. A. *Enjuiciamiento Civil. Comentario y Jurisprudencia*. Edit. SEPIN. Madrid. 2008, pág. 4666.

⁴⁸⁷Auto de la AP de Málaga, Sección 4ª, de 12 de Junio de 2003, recurso nº 319/2003, ponente: Hernández Calvo, Melchor Antonio. Fundamento de derecho segundo. “Como tiene declarado esta Sala, la figura conocida como proceso monitorio tiene por finalidad la rápida creación de un título puro de

interpretación y aplicación del art. 29 LOPD no sigue este criterio, desmarcándose del principio general del sistema documental a favor del “puro”, en detrimento del consumidor. Cabe decir que no se ha encontrado ni una sola resolución de la Agencia en la que se sancione a un acreedor por haber comunicado una deuda sin aportar documentación alguna, con independencia de que pueda ser sancionado porque la deuda no fuera tal.

En definitiva, en el entorno del juicio monitorio, el legislador considera a la deuda reclamada como verosímil o con buena apariencia jurídica tras ser valorada por el juzgador, contraponiéndose esta valoración con la de deuda cierta cedida, sin más, por parte de un acreedor a un fichero de morosos.

3.4.3.2.- El juicio ejecutivo.

En el apartado XVII de la Exposición de Motivos de la LEC se hace una especial referencia a los títulos ejecutivos que no sean sentencias ni autos, del siguiente tenor literal: “Porque esta Ley entiende los títulos ejecutivos extrajudiciales, no como un tercer género entre las sentencias y los documentos que sólo sirven como medios de prueba, sino como genuinos títulos ejecutivos, esto es, instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa.”

Cabe deducir que ni de un cheque, por ejemplo, podría desprenderse la certeza de una deuda, a lo sumo, un “fundamento razonable” sobre su certeza, la cual tan solo se obtendrá una vez emitido el preceptivo Auto judicial⁴⁸⁸ pudiendo ordenar, en su caso, el embargo de bienes, o ser de objeto de oposición, debiéndose esperar en tal caso al pronunciamiento de sentencia⁴⁸⁹. Resulta incuestionable que el término “fundamento razonable” en nada se corresponde con el de

ejecución, por medio de la inversión del contradictorio, pues este puede existir o no, según que medie o no, oposición del demandado. El ámbito del procedimiento monitorio varía en las legislaciones extranjeras y se concreta a las pretensiones encaminadas al pago de una suma de dinero o a la entrega de una determinada cantidad de cosas fungibles, aunque también existen ejemplos de la extensión a otras acciones de condena. El legislador, en la nueva Ley Procesal regula el proceso monitorio documental - abandonado el proceso monitorio puro en el que el mandamiento de pago se dicta en virtud de la afirmación no probada del actor - pues es presupuesto necesario para el libramiento del mismo, que el actor pruebe de forma documental los hechos constitutivos de su pretensión; no se exige prueba plena o constancia segura de la existencia de la deuda, sino tan sólo un principio de prueba de la misma.”

⁴⁸⁸Art. 821 LEC.”Iniciación. Demanda. Requerimiento de pago y embargo preventivo 2. El tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentra conforme, adoptará, sin más trámites, las siguientes medidas: 1.ª Requerir al deudor para que pague en el plazo de diez días. 2.ª Ordenar el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago”.

⁴⁸⁹Art. 827 LEC. “Sentencia sobre la oposición. Eficacia 1. En el plazo de diez días, el tribunal dictará sentencia resolviendo sobre la oposición. Si ésta fuera desestimada y la sentencia fuere recurrida, será provisionalmente ejecutable conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

“certeza” o “veracidad” de la deuda, por lo que se trata de un argumento más que avala la postura de que ni tan siquiera un acreedor podrá incluir una deuda en un fichero de morosidad sobre la base de un título ejecutivo impagado, mientras no sea reclamado a través de los tribunales de justicia. Ante la demanda promoviendo un juicio cambiario, el Tribunal podrá declarar su inadmisión a trámite mediante Auto, analizando previamente si el título es formalmente correcto^{490 491}. Para GARBERÍ LLOBREGAT⁴⁹², la admisión a trámite de un demanda promoviendo un juicio cambiario no debe constituir en absoluto un mero formalismo ó una actuación judicial mecánica impregnada de automatismo, sino que requiere un examen detallado previo por parte del Juez sobre la concurrencia de los presupuestos materiales y procesales.

Este Auto no tiene la consideración de resolución firme ya que contra el mismo cabe oposición por parte del ejecutado⁴⁹³, debiendo dictarse sentencia en la que el Tribunal resolverá sobre la oposición⁴⁹⁴. Si ésta fuera desestimada y la sentencia fuere recurrida, sería provisionalmente ejecutable conforme a lo dispuesto en la LEC. También dispone la Ley que la sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente⁴⁹⁵ donde se pueda practicar aquella prueba que no pudo llevarse a cabo en el procedimiento ejecutivo⁴⁹⁶. Por tanto, una ejecución en un proceso cambiario no tiene carácter de firme. Ni tan siquiera un título cambiario para el que la Ley prevé un procedimiento privilegiado, puede considerarse como demostrativo de una deuda cierta, precisando, en primer término, un examen judicial en cuanto a su forma y, en el caso de existir oposición, una sentencia en

⁴⁹⁰ Art. 821. 2 LEC. “El tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario.”

⁴⁹¹ La SAP de Madrid, Sección 12ª, de 22 de Mayo de 2008, recurso 417/2007, en su Fundamento Jurídico Tercero, hace constar que “El procedimiento cambiario, ha pasado de ser una modalidad del juicio ejecutivo, como ocurría en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881, a ser un juicio monitorio de tipo documental, entendiendo como tal aquél que sigue las pautas que ya fijó Calamandrei para este tipo de procedimientos, es decir un proceso por virtud del cual, para su admisión a trámite se exige una prueba documental suficiente, no meramente indiciaria, (letra de cambio, pagaré o cheque)”

⁴⁹² GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles*. Edit. Bosch 2010, págs. 3.444 – 3.445.

⁴⁹³ Art. 824 LEC. “Oposición cambiaria. 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en los diez días siguientes al del requerimiento de pago el deudor podrá interponer demanda de oposición al juicio cambiario. 2. La oposición se hará en forma de demanda. El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque”.

⁴⁹⁴ Art. 827 LEC. “Sentencia sobre la oposición. 1. En el plazo de diez días, el tribunal dictará sentencia resolviendo sobre la oposición. Si ésta fuera desestimada y la sentencia fuere recurrida, será provisionalmente ejecutable conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

⁴⁹⁵ Art. 827 LEC. “Sentencia sobre la oposición. Eficacia...3. La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente”.

⁴⁹⁶ En sentido contrario, no pueden reproducirse en el juicio declarativo posterior las excepciones y causas de nulidad que pudieron ser alegadas y discutidas en el juicio ejecutivo anterior. Así se estable en STS, Sala Primera, de lo Civil, 7 de Mayo de 2004, recurso 1890/1998, ponente: González Poveda, Pedro, Fundamento de Derecho Tercero.

cuanto al fondo; aún así, no se cierra la posibilidad a nuevos procedimientos judiciales con mayor amplitud de prueba que decidan sobre la procedencia de la reclamación de dicho título.

Una vez más, se recalca el hecho de cómo, en el entorno de la inclusión de datos personales en ficheros de morosidad, sí se considera cierta una deuda que se desprenda de un título de este tipo sin intervención judicial de ningún tipo.

3.4.3.3.- *Las sentencias judiciales*

Las sentencias judiciales tampoco determinan la certeza de una deuda en tanto no adquieran la condición de firmeza⁴⁹⁷ ni de cosa juzgada⁴⁹⁸.

La Ley de Enjuiciamiento civil prevé la posibilidad de ejecutar las sentencias que no sean firmes, de forma provisional, ya que una sentencia posterior podría revocar la inicialmente dictada. Esta posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias conlleva el riesgo citado, haciéndose eco del mismo la propia Ley en su exposición de motivos⁴⁹⁹. ARMENDÁRIZ VICENTE⁵⁰⁰ hace referencia a este riesgo de revocación de la sentencia ejecutada, el cual es asumido por el legislador, y para disminuir en lo posible este peligro, se establece un sistema por el que en supuestos de revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, se permite al ejecutado el acceso inmediato al procedimiento de apremio para la recuperación de lo entregado y resarcirse de los daños y perjuicios causados.

El revocar una sentencia dictada en primera o segunda instancia no es, ni mucho menos, un hecho excepcional. Las estadísticas referidas al año 2010, reflejan que un 36% de las sentencias dictadas en primera instancia y recurridas fueron

⁴⁹⁷Art. 207 LEC. “Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal. 2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado”.

⁴⁹⁸Art. 207 LEC. “Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal. 3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. 4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella”.

⁴⁹⁹Exposición de Motivos Apartado XVI, párrafo 4º LEC, “es innegable que establecer, como regla, tal ejecución provisional de condenas dinerarias entraña el peligro de que quien se haya beneficiado de ella no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido, si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada. Con el sistema de esta Ley, existe, desde luego, el peligro de que el ejecutante provisional haya cobrado y después haya pasado a ser insolvente, pero, de un lado, este peligro puede ser mínimo en muchos casos respecto de quienes dispongan a su favor de sentencia provisionalmente ejecutable. Y, por otro lado, como ya se ha dicho, la Ley no remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio, ante el mismo órgano que ha tramitado o está tramitando la ejecución forzosa provisional”

⁵⁰⁰ARMENDÁRIZ VICENTE, F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* Edit. Lex Nova 2012, págs. 879-880.

revocadas total o parcialmente⁵⁰¹. Esta posibilidad de revocación se encuentra regulada en el artículo 533 de la LEC⁵⁰². La ejecución provisional también puede extenderse a sentencias dictadas en segunda instancia como se prevé en el art 535⁵⁰³, regulándose igualmente la posibilidad de que puedan ser revocadas (art. 537 Lec⁵⁰⁴).

Aun existiendo dos sentencias judiciales reconociendo la existencia de una deuda, pueden seguir siendo provisionales, por lo que la calificación de la deuda en ellas referidas tendrá igualmente el carácter de provisional. Difícilmente puede pensarse que una deuda que pueda desprenderse de un documento, que ni tan siquiera ha sido aportado judicialmente para su estudio en vía jurisdiccional, pueda tener la consideración de deuda cierta, líquida, vencida y exigible.

La necesidad de que sea la sentencia firme la única que pueda propiciar la entrada de unos datos en un fichero de morosidad se desprende no solo por referirse a la determinación de la deuda como veraz, sino también al poder ser una fuente accesible al público, y como tal, poder ser incluida en un fichero de solvencia patrimonial. No tienen cabida aquellas reclamaciones que se encuentren en tramitación ante los Tribunales de justicia, ya que la información obrante en los procedimientos judiciales, pese al principio general de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE⁵⁰⁵) no tienen la consideración de fuente accesible al público. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 1995⁵⁰⁶ estableció que el acceso a las sentencias dictadas por los Tribunales requiere la acreditación *prima facie* de algún interés legítimo. En los últimos años se han quedado por el camino ficheros que tuvieron mucha importancia, como el BDI del Grupo Interprés, que contenía demandas judiciales y no sentencias firmes (el cual sufrió la multa más elevada que se ha interpuesto

⁵⁰¹ Consejo del Poder Judicial. Memoria. *La Justicia dato a dato*. Año 2010, pág. 83.

⁵⁰² Art. 533 LEC. "Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado".

⁵⁰³ Art. 535 LEC. Ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia. "1. La ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia, que no sean firmes, así como la oposición a dicha ejecución, se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior de la presente Ley. 2. En los casos a los que se refiere el apartado anterior la ejecución provisional podrá solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación y siempre antes de que haya recaído sentencia en estos recursos. "

⁵⁰⁴ Art. 537 LEC. Revocación de la resolución ejecutada provisionalmente en segunda instancia. "Cuando se revocare la sentencia dictada en segunda instancia y provisionalmente ejecutada, serán de aplicación los artículos 533 y 534".

⁵⁰⁵ Art. 120. 1 CE. "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento".

⁵⁰⁶ TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 3 Mar. 1995, recurso 1218/1991, ponente: García Manzano, Pablo, Fundamento de Derecho Quinto.

a un fichero de este tipo⁵⁰⁷). Desde entonces, este fichero ha intentado adaptarse a la legislación, pero su fuente de consultas que eran directamente los “libros diario” de cada juzgado, le están siendo vedados. Con una interpretación correcta de la LOPD, los datos que hay en los Juzgados no son públicos hasta que no se haya dictado resolución firme, y antes están sometidos a un principio de controversia u oposición, por lo que no se corresponden con una deuda líquida, vencida y exigible, no pudiéndose, por tanto, incorporar este dato a un fichero⁵⁰⁸. JIMÉNEZ RIUS⁵⁰⁹ entiende que únicamente podrán incorporarse los datos que supongan la existencia de la información exacta con lo que ello supone respecto a la firmeza y la naturaleza de las resoluciones judiciales en las que se contienen. Igual opina SOLER PUEBLA⁵¹⁰ al indicar que la recopilación de datos basada en resoluciones judiciales ya no se puede llevar a cabo con la Ley de Protección de Datos. Fundamenta el autor su afirmación en que tan solo valdrían las sentencias judiciales firmes porque técnicamente, los datos no son públicos hasta que no haya una resolución firme al estar sometidos a un principio de controversia u oposición, por lo que no se corresponde con una deuda líquida, vencida y exigible y por tanto no se puede incorporar este dato de incidencia de impagados. Cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 1995⁵¹¹ la cual viene a declarar que el libro registro de los juzgados y los archivos judiciales no tienen la consideración de fuente accesible al público, criterio que ha sido aplicado en otras sentencias del Tribunal Supremo, como la de 26 de junio de 2008⁵¹² o en las de la Audiencia Nacional de 29 de Noviembre de 2001, de 3 de

⁵⁰⁷SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª. De 13 de julio de 2001, recurso 764/ 1999, ponente Benito Moreno, Fernando Francisco.

⁵⁰⁸SOLER PUEBLA, J. “Los ficheros de solvencia profesional “ *Rev. Economist & Jurist.* Año X, nº. 28 (2010-1), pág. 41.

⁵⁰⁹JIMÉNEZ RIUS, P. *Análisis de la regulación ...* Obra citada, pág. 240.

⁵¹⁰SOLER PUEBLA, J. Obra citada, págs. 40-41.

⁵¹¹STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 3 de Marzo de 1995, recurso 1218/1991, ponente: García Manzano, Pablo, en su Fundamento de Derecho Quinto se hace constar que “La publicidad procesal, en su vertiente de derecho a la información y de acceso a las sentencias ya depositadas, requiere, como hemos anticipado, por parte de quien la invoca y ejercita, la concurrencia de la condición de «interesado», sin que, hemos también de apresurarnos a esta precisión, la expresión «cualquier interesado» empleada por el art. 266.1 Pues bien, el interés legítimo que es exigible en el caso sólo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos prima facie, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso -y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia” y en el Fundamento de Derecho Sexto, se termina por decir que “siendo así que la obtención de datos por medio del acceso indiscriminado al texto de las sentencias que se pretende no procede de una fuente accesible al público, pues la LOPJ no abre el derecho de información, que es diverso y más restringido que el de publicidad del proceso y de las actuaciones judiciales según antes razonamos, a todos los ciudadanos o al público en general, sino tan sólo a los interesados, en los términos antes expuestos, por lo que tampoco desde esta perspectiva del respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes en los procesos sería atendible la exhibición requerida de los órganos jurisdiccionales”

⁵¹²STS de fecha 26 de junio de 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, recurso nº 6818/ 2003, ponente Robles Fernández, Margarita.

junio de 2001 ó de 28 de febrero de 2003⁵¹³, en la que se declara que bajo la LORTAD eran fuentes accesibles al público los edictos publicados en los tablones de anuncios de los juzgados, apreciación que difícilmente podrá mantenerse bajo la LOPD. Se termina por decir que tan solo tienen consideración de fuente accesible al público los boletines y publicaciones que recojan sentencias firmes, como la revistas de jurisprudencia de editoriales jurídicas (Aranzadi, El Derecho, La Ley, etc.). APARICIO SALOM⁵¹⁴ opina de igual manera al afirmar que las resoluciones judiciales son una fuente accesible al público siempre y cuando se publiquen en un medio público, no en los tablones de anuncios. Cabe decir que para los titulares de ficheros de morosidad, las bases de datos que se formen a partir de sentencias firmes no resultan interesantes al hacer referencia a posiciones deudoras de hace varios años, no siendo esta información útil ni de calidad.

Resumiendo, si se considera que mientras no haya una resolución judicial firme los datos no tendrán acceso a un fichero de morosidad por no ser fuente accesible al público, cabe destacar que esto es así porque mientras no haya resolución judicial firme la deuda no tendrá la condición de veraz. Sin embargo, sí se permite que sean cedidos sin más, por el acreedor. Opinamos que la situación es claramente incongruente.

En conclusión, entendemos que a través de la LEC queda patente la necesidad de intervención judicial en la calificación de la deuda. También lo entiende así la propia jurisprudencia como en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 1994⁵¹⁵, en la que se establece en su fundamento de Derecho Primero que, “la cooperativa demandada niega rotundamente la existencia de la deuda, y tanto en la sentencia de primera instancia , como en la de apelación, ambos tribunales declaran, que después de haber efectuado un detenido examen y valoración de las pruebas documental, pericial, confesión y presunciones, el crédito cedido no responde ni deviene de una deuda cierta y exigible” o en la de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de fecha 14 de enero de 2003⁵¹⁶, donde se llega a decir, en su fundamento de derecho tercero, que la entidad “Equifax Ibérica S.L. puso a disposición de sus asociados una información relativa a la solvencia patrimonial de la demandante inexacta, al publicar, desde el 26 de mayo de 2000 su condición de deudora de Retevisión por impago de la

⁵¹³ SAN, Sala de lo Contencioso – administrativo, Sección 1ª, de 28 de Febrero de 2003, ponente García Fernández- Lomana, Manuel.

⁵¹⁴ APARICIO SALOM, J. Obra citada, pág. 172.

⁵¹⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 1994, ponente Burgos y Pérez de Andrade, Gumersindo.

⁵¹⁶ SAP de Madrid, sección 13ª, de 14 de enero de 2003, recurso 291/ 2002, ponente Bustos Gómez – Rico, Modesto de.

suma de 723.671 pesetas, cuando dicha deuda no resulta de una resolución judicial, documento público o de la acreditada conformidad de la afectada⁵¹⁷, sino de una simple manifestación de la codemandada Retevisión I, SA...”. Es decir, solo a través de una valoración judicial una deuda puede ser considerada como cierta.

En contra de este parecer se posiciona MESA MARRERO⁵¹⁸, quien destaca cómo estos ficheros se han convertido en una actividad de suma importancia para el correcto funcionamiento del sistema financiero, llevándose a cabo en beneficio de su transparencia y dinámica, por lo que supone una excepción al principio del consentimiento. El autor considera que si para calificar una deuda como tal hubiera que esperar a la terminación de un proceso judicial, supondría un desfase en la información, lo que impediría, hasta confirmarse la existencia de la deuda, conocer y valorar con exactitud el nivel de morosidad con el consiguiente riesgo que conlleva.

Ciertamente, es un hecho incuestionable que existen retrasos en la Administración de Justicia. Según las últimas estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, en la jurisdicción civil⁵¹⁹, el promedio de duración de los procedimientos es de 3,9 meses en los Juzgados de Primera Instancia, 2,9 meses en las Audiencias Provinciales y 5, 9 meses en la Sala Primera del Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta que en el año 2.000 más de 2.500.000 datos recogieron pólizas que superan los 90 días⁵²⁰ y que las entidades acreedoras no remiten de forma automática los datos deudores, sino que en una primera fase se intenta cobrar mediante reclamación telefónica y en un segundo momento mediante carta (se envían una media de dos cartas), el tiempo medio hasta que se incluyen los datos en un fichero de morosidad suele ser de dos meses⁵²¹. Es decir, tampoco es tan grande el desfase entre el tiempo que se tardaría en obtener una sentencia y el que actualmente se espera a la hora de incluir un dato en un fichero de morosidad. Debe tenerse en cuenta que al Tribunal Supremo tan solo accede un porcentaje muy pequeño respecto al total de las reclamaciones iniciadas en primera instancia, más aún tras la reforma de la LEC en la que se establece que la cuantía del proceso debe exceder de 600.000 €

⁵¹⁷Puede observarse cómo se prevé un medio más para poder considerar una deuda como cierta que, aunque aquí se denomina conformidad de la afectada, hace referencia al concepto de reconocimiento de deuda.

⁵¹⁸MESA MARRERO, C. Obra citada, págs. 2057-2.058.

⁵¹⁹Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia dato a dato 2010*, pág. 94.

⁵²⁰SOLER PUEBLA, J. Obra citada, pág. 46.

⁵²¹Estos datos han sido obtenidos de fuente propia, en el desempeño de la labor en la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Madrid durante tres años, manejándose para este estudio 200 procedimientos, aproximadamente.

para tener acceso al recurso de casación⁵²² frente a los 150.000 € de antes de la reforma de octubre de 2011⁵²³.

Por otro lado, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un procedimiento cambiario debería obtenerse sentencia firme, en el caso de haber habido oposición por parte del demandado, en un plazo no superior a 35 días⁵²⁴. En un proceso ejecutivo el plazo podría ser aún menor si no se celebrase vista (25 días)⁵²⁵. En los procedimientos ordinarios el plazo puede prolongarse, legalmente, hasta los 93 días sin contar la posibilidad de recurrir en apelación⁵²⁶, y en esta caso habrá que sumar otros 70 días⁵²⁷.

Si con los plazos de tardanza publicados por el Consejo del Poder Judicial sería perfectamente asumible para el sistema económico esperar a obtener una sentencia para calificar una deuda como cierta, más aún si se cumplieran los plazos legalmente previstos por los tribunales de justicia o sea, por la Administración. Asunto distinto es que al acreedor no le interese iniciar un procedimiento judicial por los costes que conlleva, resultando evidente que no lo va a hacer porque tampoco se le está exigiendo.

Incluso el ex Presidente del TDC, D. Miguel Ángel Fernández Ordóñez, llegó a afirmar que: “Si se borra a alguien por discutir su inclusión, no vale para nada. Hasta que no haya un pronunciamiento judicial, el moroso, que a lo mejor resulta no serlo, ha de permanecer inscrito en la lista”⁵²⁸. Aún siendo la demora de la Justicia el principal escollo a salvar de cara a la inclusión en estos ficheros de una deuda declarada judicialmente, cabe preguntarse si esta tardanza debe operar en perjuicio del consumidor. Lo cierto es que para el Fisco opera en favor de la Administración (la utiliza para aumentar sus ingresos al retrasar la deducción del

⁵²²Art. 477.2, 2º LEC. “Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación 2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.”

⁵²³Artículo modificado por el apartado diecisiete del artículo cuarto de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, B.O.E. de 11 octubre.

⁵²⁴Para llevar a cabo este cálculo, se han tenido en cuenta los artículos 821, 824, 440 y 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/ 2000, previéndose plazos de 10 días de plazo para el requerimiento, otros 10 para la celebración de la vista y otros tantos para la elaboración de la sentencia. Respecto a la emisión del Auto despachando ejecución se ha fijado un plazo prudencial de 5 días a tenor de lo dispuesto en el artículo 132 de la LEC, el cual dispone que las actuaciones del proceso se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas y cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación.

⁵²⁵Se han contemplado los artículos 551, 556, 557 y 561 de la LEC.

⁵²⁶Se ha tenido en cuenta para el cómputo los artículos 404, 405, 414, 429 y 434 de la LEC.

⁵²⁷Se han tenido en cuenta para el cómputo los artículos 458, 461, 463 y 465 de la LEC.

⁵²⁸En CUERVO, J. “Las Instrucciones de la Agencia y las Entidades de Crédito”. *Revista Informática jurídica*. Trabajos 2005. Esta manifestación surgió como crítica a la publicación de la Instrucción 1/ 1995 AGPD y más concretamente sobre su apartado segundo que dispone que “no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que aparentemente contradiga alguno de los requisitos indicados en el apartado 1. Se procederá cautelarmente a la desaparición del dato personal en el caso de que se hubiese efectuado su inclusión en el fichero.”

gasto y la percepción de intereses mientras detenta los fondos del contribuyente). Pero el argumento de que los plazos para obtener una sentencia son tan amplios que dejarían sin contenido práctico a los ficheros de morosidad, no justifica legalmente el incumplimiento de una Ley. Otra cosa son las soluciones que quieran darse al problema que se plantearía en el caso de exigirse la cesión solo de deudas declaradas judicialmente. Una solución vendría dada por solventar el grave problema que sacude a nuestra Administración de Justicia y otra, más simple, una reforma legal a estos efectos. De lo que no cabe duda es que el consumidor no tiene la culpa de los retrasos producidos en la Administración de Justicia. Tampoco es dable el argumentar los costes del inicio de una demanda. Ambos extremos, en ningún caso desvirtúan el derecho a una defensa justa, a la tutela de los tribunales y a la presunción de inocencia. Así opina CARRANCHO HERRERO⁵²⁹, al afirmar que “la inclusión en las listas de morosos que deviene de un contrato por decisión unilateral de la otra parte y sin haber resolución judicial que establezca la existencia de la deuda y su importe, puede considerarse como incumplimiento de contrato, no pareciendo conforme a la buena fe y la conducta de quién decide de forma unilateral incluir a quien esté discutiendo la existencia de la deuda en una lista de morosos, a sabiendas de la consecuencias que ello conlleva”. También indica el autor que en los supuestos de reclamación civil por los daños producidos al inscribirse en un fichero de morosos, lo que tiene que probarse es la intromisión ilegítima, siendo ni más ni menos que la inscripción en el fichero de morosos, al habersele inscrito una deuda que no existe o resulta controvertida de modo que la información desvelada no está definitivamente determinada. Además, obrar así sería actuar de mala fe, siendo esta actitud contraria a lo dispuesto en el artículo 7 del Código civil⁵³⁰.

3.4.3.4.- El reconocimiento de deuda y su jurisprudencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de setiembre de 1998⁵³¹ define el reconocimiento de deuda como el negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o reconoce la existencia de una deuda previamente constituida. Opinamos que, para poder estimar un reconocimiento de deuda como instrumento suficiente para considerarla como cierta, deben tenerse en cuenta dos extremos. Por un

⁵²⁹CARRANCHO HERRERO, T. Obra citada, pág. 17.

⁵³⁰Art. 7. 1 C.c. “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

⁵³¹STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de Septiembre de 1998, recurso 1160/1994, ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier. Fundamento de Derecho Segundo.

lado, el documento debe expresar la causa⁵³² y además hacerse constar en un documento público o fehaciente con el fin de hacer prueba sobre la realidad del otorgamiento del documento. En caso contrario, estaríamos en presencia de un pagaré ó letra de cambio, por ejemplo, ó de un simple documento privado, que por lo expuesto hasta ahora necesitaría de un proceso judicial para determinar que la deuda que se pretende inscribir en un fichero de morosos tiene la condición de cierta.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de septiembre de 2000⁵³³, establece en su fundamento de derecho tercero que “el documento de reconocimiento de deuda tiene un carácter autónomo y suficiente en cuanto expresa voluntad concordada de las partes de dejar reconocida una deuda cierta y líquida, de la que además se expresa la causa, constituida por el préstamo de cantidades por parte del ejecutante al ejecutado. En tal caso, tal y como se estableció en sentencia de esa misma Audiencia y sección en fecha 18 de septiembre de 1999, el contrato atípico de reconocimiento de deuda, incluido dentro de la categoría más general de los negocios de fijación, una de las partes, en provecho de la otra, asevera y admite ser deudor de ésta por determinada cantidad, admitiendo dos modalidades, con efectos que pueden resultar diversos”. Se continúa diciendo que “cuando existe un reconocimiento de deuda que además exprese la causa, el mismo conlleva, no solo facilitar a la actora un medio de prueba sino el dar por existente una situación de débito contra el demandado”. En esta sentencia se hace referencia al requisito del reconocimiento de deuda por parte del presunto deudor para considerarla como cierta. De entre las sentencias que recogen el reconocimiento de deuda, cabe destacar la de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 30 de octubre de 2002⁵³⁴, en la que se prevé que la suscripción de una póliza de préstamo mercantil no supone un reconocimiento de deuda que genere acto propio, pues éste ha de ser claro, inequívoco y demostrativo de la aceptación de la certeza y validez del crédito. Es decir, ni tan siquiera cabe hablar de ningún tipo de presunción *iuris tantum* en relación al reconocimiento de deuda por parte del presunto deudor.

⁵³²La SAP de Castellón, Sección 3ª, 29 de Mayo de 1999, recurso 452/1998, ponente: Amblar Glas, José Vicente, en su fundamento de Derecho Segundo, reconoce la necesidad de expresar la causa en el reconocimiento de deuda, haciendo constar que “Si se tiene en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico, el reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene, pues, la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de existencia de causa del artículo 1277 del Código Civil y el autor o autores en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido, así, sentencias de 10 Abr. 1986 (Az 1847), 22 Mayo 1989 (Az 3875), 11 Mar. 1993 (Az 1790), 30 Sep. 1993 (Az 6660), 24 Oct. 1994 (Az 7681), 22 Jul. 1996 (Az 5566)”

⁵³³SAP de Ciudad Real, sección 1ª, de 29 de septiembre de 2000, recurso 221/2000, ponente Torres Fernández de Sevilla, José María.

⁵³⁴SAP de Almería, sección 1ª, de 30 de octubre de 2002, recurso 55/ 2002, ponente García Laraña, Rafael.

3.4.3.5.- CONCLUSIÓN

Según la LEC y la jurisprudencia, tan solo existen dos vías a la hora de considerar una deuda como cierta:

1. Así declarada por sentencia judicial con el carácter de firmeza, (pudiéndose incluir el laudo arbitral⁵³⁵).
2. Por el propio reconocimiento del deudor expresando la causa y de forma fehaciente.

Si en la LEC se establece que mientras no exista una sentencia judicial firme, a la deuda invocada por el demandante se la puede llegar a calificar, como mucho, de presunta, con buena apariencia, fundamento razonable ó verosímil, difícilmente podrá tener la consideración de deuda cierta, irrefutable, incontestable, indiscutible, inequívoca, indudable ó segura, la transmitida a un fichero de morosos sin intervención judicial de ningún tipo ni acompañando documentación alguna. Sin embargo, las presuntas deudas son incluidas de tal manera en los ficheros morosidad. En suma, se transmiten sistemáticamente deudas a estos ficheros sin que tengan la condición de ciertas o veraces.

3.4.4.- La determinación judicial de la deuda en “otra normativa”.

En otras disposiciones sectoriales encontramos referencias que nos ofrecen diferentes perspectivas sobre el tratamiento de la deuda, a la que equipararemos al término de insolvencia y, a la deuda cierta, con el de insolvencia firme.

El Real Decreto 1514/2007 por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad⁵³⁶ en su “Quinta Parte”, referida a “Definiciones y relaciones contables”, Grupo 4 (Acreedores y deudores por operaciones comerciales), la “cuenta” 436 engloba las operaciones con “clientes de dudoso cobro”, concretando que en esta cuenta figurarán los saldos de clientes en los que la empresa retiene sustancialmente los riesgos y beneficios de los derechos de cobro, en los que concurren circunstancias que permitan razonablemente su calificación como de dudoso cobro. Esta cuenta se debe contabilizar figurando en el activo corriente del balance cancelándose para su cobro si llegase a tener la calificación de insolvencia firme⁵³⁷. Casi de forma unilateral un acreedor podrá

⁵³⁵ Art. 43 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE 26 Diciembre, Cosa juzgada y revisión de laudos. “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

⁵³⁶ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, BOE 20 de Noviembre.

⁵³⁷ El movimiento de la cuenta es el siguiente:

“a) Se cargará por el importe de los saldos de dudoso cobro, con abono a la cuenta 430, 431 ó 432.

incluir en su balance el término de cliente de dudoso cobro respecto de un cliente con el que por motivos fundados entienda que las posibilidades de cobro se encuentran en entredicho. Lo realmente importante para la empresa y sus resultados de minoración de la deuda fiscal, no es otorgar esta calificación de dudoso cobro, sino que el importe de una venta no satisfecha pueda deshacerse, considerándola como un gasto. En este último caso tan sólo tendrá la posibilidad de contabilizarla como gasto si la insolvencia tuviera la consideración de insolvencia firme (cuenta 650). El principio fundamental que preside el Plan General de Contabilidad es el de la imagen fiel, como el corolario de la aplicación sistemática y regular de las normas contables⁵³⁸, pudiéndose encontrar en numerosas ocasiones a lo largo del texto⁵³⁹ y por lo visto, tan solo una insolvencia firme reflejaría una imagen fiel sobre un impago de la sociedad, distanciándose de la idea de que una insolvencia pueda tener tal consideración cuando así lo estime de forma unilateral un acreedor.

La referencia a la necesidad de que las cuentas de una empresa respondan fielmente a su situación, aparte de ser evidente, no sólo consta en el Plan General de contabilidad sino en un texto tan básico como es el Código de comercio⁵⁴⁰, disponiéndose en su artículo 34 “que las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal fin, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”.

El término “insolvencia”, viene referido en otras normas como en la Ley de Contrato de Seguro⁵⁴¹, en cuyo artículo 70 se dispone que se reputará existente la insolvencia definitiva del deudor en los siguientes supuestos:

b) Se abonará:

b₁) Por las insolvencias firmes, con cargo a la cuenta 650.

b₂) Por el cobro total de los saldos, con cargo a cuentas del subgrupo 57.

b₃) Al cobro parcial, con cargo a cuentas del sub-grupo 57 en la parte cobrada, y a la cuenta 650 por lo que resultara incobrable.”

⁵³⁸Exposición de Motivos, párrafo 8º Real Decreto 1514/2007.

⁵³⁹Como al referirse a las cuentas anuales, las cuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales y también cuando se refiere a los principios contables estableciendo que la empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio neto resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados. Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, GACETA de 16 Octubre.

⁵⁴⁰Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, GACETA de 16 Octubre.

⁵⁴¹Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, BOE 17 Octubre.

- 1.º Cuando el asegurado haya sido declarado en quiebra mediante resolución judicial firme.
- 2.º Cuando haya sido aprobado judicialmente un convenio en el que se establezca una quita del importe.
- 3.º Cuando se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago.
- 4.º Cuando el asegurado y el asegurador, de común acuerdo, consideren que el crédito resulta incobrable.

Puede observarse cómo para poder considerar la insolvencia de una persona debe haber mediado algún tipo de resolución judicial o que exista un convenio entre asegurado y asegurador. De nuevo, la catalogación que en este texto legal se da al insolvente difiere notablemente de cómo se realiza al amparo del art. 29 de la LOPD.

La ley Concursal también contempla el término de insolvencia, estableciendo que “la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común, encontrándose en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles⁵⁴²”. Se continúa diciendo que “si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia, entre otros, de la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor ó el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor⁵⁴³”. Este es el caso del concurso necesario, el cual es solicitado por persona distinta al deudor, precisándose la existencia de un presupuesto objetivo consistente en una manifestación del solicitante de indicadores apriorísticos de insolvencia, sujetos a una comprobación judicial contradictoria *in limine*. Se colocan una serie de hechos base o indicios que suponen presunciones legales de insolvencia, a título de manifestaciones seleccionadas de la imposibilidad de atender las obligaciones puntual y regularmente⁵⁴⁴. Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud y en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia. Las garantías del deudor se

⁵⁴²Art. 2º LC.

⁵⁴³Art. 2º.4 LC.

⁵⁴⁴ETXARANDIO HERRERA, E. J. *Manual de Derecho Concursal*. Edit. La Ley. 2009, págs. 100-101.

complementan con la posibilidad de recurrir la declaración de concurso⁵⁴⁵. Una vez más, ninguno de estos derechos son tenidos en cuenta en la aplicación del art. 29 LOPD.

La Ley del Impuesto sobre Sociedades regula que “no se podrán deducir las pérdidas para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de personas ó entidades vinculadas con el acreedor, salvo en el caso de insolvencia judicialmente declarada, ni las pérdidas basadas en estimaciones globales del riesgo de insolvencias de clientes y deudores⁵⁴⁶”. Sin lugar a dudas, para que una deuda pueda ser deducida de cara al impuesto sobre sociedades, ésta debe ser así declarada por un órgano judicial.

La Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido⁵⁴⁷, en su artículo 80 recoge las condiciones para poder modificar la base imponible de impuesto cuando una factura haya resultado impagada. En concreto, podrá modificarse dicha base imponible “cuando por resolución firme, judicial o administrativa o con arreglo a Derecho o a los usos de comercio queden sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas”. También se prevé para el supuesto de que el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. La base imponible también podrá reducirse proporcionalmente cuando los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas por las operaciones gravadas sean total o parcialmente incobrables. Un crédito se considerará total o parcialmente incobrable cuando reúna las siguientes condiciones⁵⁴⁸:

- Que haya transcurrido un año desde el devengo del Impuesto repercutido sin que se haya obtenido el cobro de todo o parte del crédito derivado del mismo.
- No obstante, cuando se trate de operaciones a plazos o con precio aplazado, deberá haber transcurrido un año desde el vencimiento del plazo o plazos impagados a fin de proceder a la reducción proporcional de la base imponible.
- Que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial al deudor o por medio de requerimiento notarial al mismo, incluso cuando se trate de créditos afianzados por Entes públicos. El término instado se refiere a haber presentado la oportuna demanda siempre y cuando haya

⁵⁴⁵Exposición de Motivos, apartado II, párrafo 7º. Ley 22/ 2003.

⁵⁴⁶Art. 2.2 Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, BOE de 11 de Marzo.

⁵⁴⁷Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, BOE 29 Diciembre.

⁵⁴⁸Art. 80.4 RDL 4/2004.

sido admitida por el Juez⁵⁴⁹. Se entiende instado un procedimiento con la celebración de un Acto de conciliación previsto en los procesos de jurisdicción voluntaria.⁵⁵⁰

Por tanto, para el IVA, tan solo podrá considerarse como gasto a efectos fiscales una deuda cuando así se haya establecido judicialmente o que haya transcurrido más de un año desde el impago pero en ningún caso, cuando obedezca a la simple manifestación del presunto acreedor. Esta necesidad obedece al más elemental principio de seguridad jurídica, el cual impide al contribuyente, con base a apreciaciones personales, declarar en cada caso las cantidades que considere oportunas como de “dudoso cobro” y eluda con tal sistema sus obligaciones fiscales, con un cumplimiento diferido, si fuera el caso, a la fecha en que decida que ha tenido lugar el pago.

La Ley de Sucesiones y Donaciones⁵⁵¹ no es ajena a esta circunstancia. Aunque no establece una definición legal del término “créditos incobrables”, según sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2007⁵⁵², para considerar un crédito incobrable, con su correspondiente deducción en base de este impuesto, es necesaria una reclamación judicial y el transcurso de un plazo determinado sin que el crédito haya sido hecho efectivo.

Ante esta situación cabe preguntarse, ¿por qué, sin embargo, a efectos del Art. 29 la AGPD no precisa intervención judicial alguna?

3.4.5.- Análisis de la procedencia de la intervención judicial en la determinación de la deuda contemplada en el art. 29 LOPD.

Con independencia de considerar necesaria la intervención judicial en la determinación de la deuda, el hecho de que en el art. 29 de la LOPD no figure como requisito esta intervención, lleva a plantear si el legislador lo excluye o, por el contrario, simplemente no lo menciona aunque deba contemplarse. Analicemos ambas posibilidades.

De la aplicación gramatical y literal de la norma, no cabe deducir que no quepa intervención judicial. Simplemente no se dice, pero de su contenido tampoco se excluye. No existe laguna legal en este ámbito en nuestro derecho positivo, ya que existen normas que tratan la consideración de la deuda cierta e insolvencia que pueden aplicarse al supuesto contemplado en el art. 29 de la LOPD. Ante un

⁵⁴⁹VV.AA. *Todo iva*. Edit. Edición Fiscal CISS. Primera Edición. Febrero 2010, págs. 247-248

⁵⁵⁰Dirección General de Tributos, Resolución 1.511/03.

⁵⁵¹Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. BOE 19 de diciembre.

⁵⁵²Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 12 de Diciembre de 2007, recurso 1523/2003, ponente: Gómez Ruiz, José Luis.FJ Tercero.

silencio en la norma procede interpretar si el concepto de deuda veraz (cierta, vencida y exigible) precisa la intervención judicial. Según la teoría tradicional o subjetiva el sentido de la norma debe buscarse en la mente del legislador, conocida como *mens legislatoris*, como el espíritu que en la Ley encerró quien la dictó. Lo que es cierto es que la inclusión en los ficheros de morosos lleva haciéndose sin necesidad de mediar declaración judicial alguna desde que hace unos cincuenta años se crearon los principales ficheros sobre morosidad, como RAI, ASNEF y CIRBE. El legislador sabía perfectamente tanto a la hora de redactar la Ley en 1992 (LORTAD) como en 1999 (LOPD) la forma de actuar en estos supuestos, pareciendo lógico que si hubiera querido modificar estos usos lo hubiera hecho de forma expresa en este artículo y, por otra parte, así se sigue haciendo trece años después de la promulgación de la LOPD. Desde este punto de vista pudiera deducirse que el legislador, de forma deliberada, omite la necesidad de intervención judicial para calificar una deuda como cierta. De considerarse esta opción como la adecuada, se plantearía la cuestión de por qué en el caso de la consideración de la deuda en relación a los ficheros de morosidad la normativa es mucho más laxa que en el caso de otras leyes con el mismo carácter administrativo. En este caso se habría querido favorecer a las empresas que facilitan esos datos y que se valen de los mismos en detrimento de los derechos de los consumidores, los cuales ven mermados sus medios de defensa para poder combatir su posición deudora. Esta situación es a todas luces improcedente, más aún si tenemos en cuenta que la LOPD nace para proteger los derechos del titular los datos, (siendo este su espíritu y finalidad), y de forma especial ante una cesión ilegal de los mismos⁵⁵³.

Por otro lado, aplicando la teoría objetiva, la interpretación del artículo 29 LOPD y 38 de su Reglamento, siguiendo las pautas del art. 3.1 del Código civil, no ofrece lugar a dudas, ya que las palabras “deuda veraz” y “deuda cierta” pueden y deben ser interpretadas por su sentido propio. El legislador, de haber querido referirse a una deuda con carácter provisional ó aparente, así debería haberlo expresado. No sólo no lo hizo sino que añadió de forma deliberada los adjetivos “veraz”, en la LOPD, y “cierta” en el Reglamento⁵⁵⁴, lo que lleva a concluir que la deuda debe tener la naturaleza de indubitada, debiendo estar así determinada judicialmente ó reconocida por el deudor. DE CASTRO⁵⁵⁵ dice que a la hora de

⁵⁵³Art. 1 LOPD. “Objeto. La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”

⁵⁵⁴Art. 38.1 RDLOPD. “Requisitos para la inclusión de los datos 1. 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, que haya resultado impagada.”

⁵⁵⁵DE CASTRO Y BRAVO, F. “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. (Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1 del C.C)” *Anuario de Derecho Civil*. Oct. – Dic. 1977,

interpretar la ley no debe excluirse cualquier otro medio racional o apto para desentrañar el sentido de la Ley, entendiendo que este razonamiento es aplicable al caso que nos ocupa, ya que de no interpretarse el término de deuda cierta de la manera que se propone daría cobertura al abuso de derecho o el empleo de la mala fe.

La prevalencia de la teoría objetiva sobre la subjetiva viene determinada por el hecho de que la ley debe predominar respecto a su autor, aún en el caso de que se discrepase⁵⁵⁶, resultando de aplicación la máxima *in claris non fit interpretatio*⁵⁵⁷, por lo que la interpretación gramatical debe establecerse al no ofrecerse dudas acerca de propósito del legislador⁵⁵⁸.

Cabe aplicar también el elemento “lógico” como medio para interpretar el sentido final de la ley. Al fin y al cabo, no debemos apartarnos del más puro sentido común, y si el legislador nos habla de una deuda veraz, cierta vencida y exigible, difícilmente podrá interpretarse que el mismo se refiera a una deuda que tuviera una calificación más efímera. Resultaría innecesario que se llevase a cabo una remisión expresa a que esa deuda cierta deba alcanzarse mediante un pronunciamiento judicial, siendo este último aspecto, ni más ni menos, una consecuencia lógica que permita determinar una deuda como cierta e indubitada.

Además, entendemos que aplicando el elemento sistemático, no debería ofrecer dudas el hecho de precisarse la intervención judicial en la calificación de la deuda, al relacionar el art. 29 con otras normas. Analizando ley por ley de las contempladas anteriormente, se llega a la conclusión de que en cualquier caso procede una intervención judicial, ya que:

- En la LEC, a la deuda solicitada por un acreedor, como mucho, y tras ser analizada por el juzgador, se la podrá calificar de verosímil ó con buena apariencia jurídica
- El Plan General de Contabilidad requiere que la deuda sea firme. (La firmeza debe establecerse tras un procedimiento judicial).

págs., 809 a 858. En concreto, el profesor dice que constituyen otros medios de interpretación, las reglas clásicas formuladas en el Digesto (l. 50, tít. 17), las Decretales de Gregorio IX (l.5 tít. 41), el *Liber Sextus Decretalium* de Bonifacio VIII (l.5, tít. 12) y las Partidas (7,33 y 7,34); las reglas lógicas o propias del buen razonar, como el principio de no contradicción y la reducción al absurdo; los principios generales del Derecho; la evitación del fraude a la ley, el abuso de derecho o el empleo de la mala fe, y los argumentos de autoridad, como la doctrina jurisprudencial, la opinión de los autores, las exposiciones de motivos, los reglamentos y órdenes que interpretan o desarrollan una ley y la referencia a las legislaciones extranjeras.

⁵⁵⁶DE CASTRO Y BRAVO, F. “Naturaleza ...” Obra citada, pág. 12.

⁵⁵⁷Es decir, que no debe darse un sentido distinto al que realmente encierra una letra clara como así dispone el Art. 3.1. C.c. al decir que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”

⁵⁵⁸STS de 13 de octubre de 1952.

- La Ley de Contrato de Seguro, considera insolvencia solo la que tiene carácter de definitiva, ya sea por declaración judicial de concurso, con despacho de ejecución judicial o que judicialmente se haya aprobado un convenio.
- La Ley Concursal, dispone que la insolvencia del deudor debe venir determinada por la realización fallida de embargos, existencia de embargos o ejecuciones o procedimientos judiciales sobre alzamientos de bienes.
- En La Ley del Impuesto sobre Sociedades tan solo permite deducirse créditos no cobrados si la insolvencia ha sido judicialmente declarada.
- La Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, para deducirse un IVA repercutido con motivo del impago de una factura debe haberse promovido procedimiento judicial y admitido a trámite la oportuna demanda.
- En la Ley sobre sucesiones y donaciones, para considerar un crédito como incobrable debe mediar reclamación judicial y pronunciamiento al respecto.

Además de no existir dudas sobre la necesidad de la intervención judicial para la formación de la deuda, no cabe hablar de lagunas jurídicas en este sentido por lo que no procedería una aplicación analógica de la norma⁵⁵⁹. De llevarse a cabo, tendría el carácter de extensiva, al poder relacionarse normas de una misma naturaleza, en este caso administrativas, pudiendo extenderse a otros casos como comprendidos en la norma, aunque no hayan sido expresados⁵⁶⁰. Por tanto, procede discernir si las normas citadas deben aplicarse en la interpretación del art. 29. Tradicionalmente, la aplicación analógica tiene lugar si no puede decidirse una controversia mediante una disposición determinada de la ley⁵⁶¹, en cuyo caso hay que referirse a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas⁵⁶². En el Código civil, artículo 4. 1, se dispone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto

⁵⁵⁹STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de junio de 2010, recurso 120/ 2006, ponente Sala Carceller, Antonio, en su Fundamento de Derecho Tercero se hace constar que “La analogía pretende resolver el caso de la laguna de la Ley y no puede considerarse tal cosa, cuando en un contrato se produce una discordancia, un error o una falta de previsión. Siendo la base de la analogía la identidad de razón (semejanza que es destacada por las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 5 de febrero de 2004, 28 de junio de 2004) -*ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet*- que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial, no se da en el caso presente”.

⁵⁶⁰ROTONDI, M. *Instituciones de Derecho Privado*. Edit. Labor, S.A., Madrid 1955, pág. 75.

⁵⁶¹DE PABLO CONTRERAS, P. *Código Civil Comentado*. Edit. Civitas. 2011, pág. 67, afirma que el recurso de analogía sirve para dar respuesta a un extremo concreto que no han contemplado las normas escritas cuando proceda la aplicación de estas

⁵⁶²ROTONDI, M. *Instituciones de Derecho Privada*. Edit. Labor, S.A. Madrid 1.995, pág. 77.

específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón⁵⁶³. Para la aplicación analógica se parte de si las leyes que pretenden compararse, con determinados preceptos, reproducen análogos contraste de intereses. El interés que se persigue tanto en el art. 29 como en los preceptos de las normas referidas no es otro que reflejar una deuda cierta con las menores probabilidades de error, salvaguardando de esta manera los derechos de los presuntos deudores, aplicándose al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar⁵⁶⁴. En todos los casos resulta necesaria intervención judicial en la formación de la deuda.

Aspecto diferente es que se esté consintiendo incluir deudas en ficheros de morosidad sin pronunciamiento judicial. Lo cierto es que no se ha encontrado sentencia alguna en que se invoque esta anomalía. En la totalidad de las sentencias estudiadas, tanto referidas en un primer momento a los Tribunales Superiores de Justicia y posteriormente a las sentencias dictadas por la sección 1ª de la Audiencia Nacional, así como las referidas a las Audiencias Provinciales cuando el titular de los datos reclamaba algún tipo de indemnización, e incluso las dictadas por el Tribunal Supremo (Sala Tercera), se discute si la deuda tiene ó no el carácter de cierta, no si se incluyó de forma indebida al no existir pronunciamiento judicial respecto a la misma, con independencia de si es cierta o no. El planteamiento que se quiere destacar es que se incumple sistemáticamente (con el visto bueno de las autoridades) la forma de incluir una presunta deuda en los ficheros de solvencia patrimonial, con independencia de que a “la postre”, la deuda pudiera ser declarada cierta pero que, cuando se traspasó, no lo era. La infracción se produce en el momento de comunicar los datos ya que se lleva a cabo sin reunir los requisitos para determinar la deuda como cierta al no mediar procedimiento judicial que así lo diga, no pudiéndose convalidar esta infracción con el hecho de que pueda existir posteriormente una sentencia que declare la deuda como cierta. El no entenderlo de esta manera, como así se está haciendo en la práctica, dota al sistema de inseguridad jurídica, siendo un claro ejemplo las repetidas sentencias referidas en este trabajo en las que se declara haber incluido una deuda en un fichero de morosidad como cierta sin serlo. Por otra parte, no justifica la forma en que se incluyen datos en un fichero de morosos el hecho de que el deudor pueda acudir tanto a la AGPD como los tribunales de justicia para hacer valer su derecho ya que, como se ha venido repitiendo, esta situación no es ni más ni menos que una inversión de la carga de la prueba; se adjudica al

⁵⁶³El Decreto 1836/1974, de 31 Mayo, texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, *BOE* 9 Julio 1974, dispone en su exposición de motivos que la aplicación analógica de un precepto a un supuesto no regulado no presupone la falta absoluta de una norma, si no la previsión por la misma de un supuesto determinado

⁵⁶⁴DIEZ – PICAZO, L. *Sistemas de Derecho Civil*. Volumen I. Introducción. . Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona Jurídica. Edit. Tecnos. Quinta edición. Madrid 1984, pág. 193.

presunto deudor el tener que poner en marcha procedimientos administrativos o judiciales, además de estar soportando la consideración de moroso, cuando es el acreedor el que debería haber incluido una deuda en uno de estos ficheros tras el pertinente proceso judicial.

A este respecto, la diferencia fundamental entre la LOPD y el resto de normas referidas, radica en la persona perjudicada en caso de incumplimiento. En las normas fiscales, la parte perjudicada es la propia administración Tributaria, mientras que en la LOPD lo es el titular de los datos. En el caso de la Ley del Contrato del Seguro se protege, con una estricta regulación en torno a la consideración de deudor insolvente, a la entidad aseguradora ya que cuanto mayores sean los requisitos para considerar a una tercera persona insolvente, más difícil tendrá el asegurado cobrar la oportuna indemnización de su compañía de seguros. Cabe afirmar que si el perjudicado ante la determinación de una deuda es la Administración, mayores serán los requisitos para considerar una deuda como cierta que si el perjudicado es un consumidor.

No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina han tratado de justificar esta forma de aplicación del artículo 29 LOPD, como se verá en el apartado del trabajo nº 4 “justificación de los ficheros de morosos”.

3.4.6.- La liquidez de la deuda

Una vez analizado el primero de los elementos de la deuda cierta, su existencia, queda por ver el segundo, la determinación de su cuantía ó liquidez.

Aunque la doctrina se limite a considerar la liquidez de forma similar a la deuda cierta, entendemos que no son sinónimos, ya que la certeza de la deuda es un concepto más amplio que engloba, sin duda alguna, la necesidad de que la misma sea líquida, mientras que esta última no requiere el elemento de certeza. La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 16 de julio de 1996⁵⁶⁵ distingue entre ambos conceptos contemplando una situación de ejecución vía artículo 1435⁵⁶⁶ de la derogada LEC (liquidación de deuda de

⁵⁶⁵SAP de Las Palmas, Sección 1ª, de 16 de julio de 1996, ponente Castro Feliciano, Antonio Juan. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁶⁶Art. 1435 Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. GACETA 5 Febrero. “Sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas: 1.º En dinero efectivo. 2.º En moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente. 3.º En cosa o especie computable en dinero. El límite de cantidad antes señalado podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos. En todo caso, será preciso que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación. Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6.º del artículo 1.429 de esta Ley se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en

póliza de comercio y hoy sustituido por el 572 de la nueva LEC), determinando que “el hecho de que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que se presuma que es cierta o verdadera puesto que tanto el juicio ejecutivo, como el juicio ordinario que a éste pueda suceder, todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada, no existiendo nada que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de las obligaciones”. Cabe mencionar también la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante⁵⁶⁷, de fecha 11 de julio de 1995, donde se hace constar cómo la entidad demandante, en un proceso ejecutivo, “aporta un extracto de asientos de la contabilidad del Banco del que resultaba el saldo reclamado, con referencia a los efectos impagados y base de reclamación, pudiendo los mismos ser identificados en cuanto a fechas, importes, vencimientos e intereses”. Tal aportación, se continúa exponiendo, “es suficiente a efectos de despachar ejecución por contener una presunción de liquidez de la deuda, viéndose posteriormente corroborada, en el oportuno periodo probatorio, por la de los concretos efectos impagados” con lo que a la inicial “liquidez” se unió la prueba de la “certeza” de la deuda. En este sentido destacamos la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992⁵⁶⁸, donde se

el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible”. Y el Art. 1.429. “La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: 1.º Escritura pública con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante. 2.º Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución. 3.º La confesión hecha ante el Juez competente. 4.º Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque. 5.º Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios. Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache la ejecución, la protesta de falsedad del título que en el acto hiciere el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio. 6.º Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos. 7.º Los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la de emisión”.

⁵⁶⁷SAP de Alicante, Sección 4ª, de fecha 11 de julio de 1995, Fundamento de Derecho Primero.

⁵⁶⁸STC, Pleno, Sentencia 14/1992 de 10 Feb. 1992, rec. 1219/1988, ponente: Leguina Villa, Jesús. Fundamento de Derecho Segundo.”:... sí debemos afirmar desde un principio que el llamado pacto de liquidez que se contempla en el art. 1435 LEC no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad. Su párr. 4.º no dispone que la certificación expedida por la Entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible, una vez especificada por la Entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, «se tendrá por líquida». Que la Ley

dispone que como consecuencia del pacto de liquidez sobre la cantidad reclamada, el tribunal se limita a declarar que la cantidad es exigible y líquida añadiendo que aunque la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que se presuma que es cierta o verdadera. CASTILLEJO MANZANARES⁵⁶⁹ destaca que es posible que una deuda sea líquida pero no cierta ya que son conceptos distintos que no se oponen, no impidiendo una circunstancia la otra. VÁZQUEZ MARTÍN⁵⁷⁰ mantiene esta postura al afirmar que la deuda se presume líquida para despachar ejecución pero sin ni tan siquiera presumirse que sea cierta o verdadera, correspondiendo al juez ordinario la verificación de la cantidad reclamada⁵⁷¹. La propia LEC prevé que una deuda líquida puede ser incierta; es el caso del artículo 572.2⁵⁷² en donde se establece que aunque se pida más de lo debido el tribunal deberá despachar la ejecución y a pesar de que la cantidad debida fuera distinta de la fijada por el ejecutante⁵⁷³.

Es decir, la liquidez de la deuda es un elemento más que debe concurrir para que una deuda pueda ser considerada como cierta.

- *Concepto de deuda líquida*

El art. 571.1 LEC la define como “toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles”. La cantidad líquida adeudada puede venir determinada *a priori* o determinada por el acreedor tras un procedimiento legalmente establecido.

Existen dos posturas sobre qué se entiende por cantidad líquida inicial. CASTILLEJO MANZANARES⁵⁷⁴ parte de la idea de que no parece posible iniciar un proceso ejecutivo si las cantidades no están claramente determinadas al momento de interponer la demanda sin que sea válida para su fijación ninguna operación matemática. Así se hace constar también en el Auto de la Audiencia

establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que se presuma que es cierta o verdadera, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 541/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada”.

⁵⁶⁹CASTILLEJO MANZANARES, R. “La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial”. *La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial* nº 53. Consejo General del Poder Judicial, pág. 482.

⁵⁷⁰VÁZQUEZ MARTÍN, M^a A. “La exigencia de liquidez de la deuda en el nuevo juicio ejecutivo de la LEC 1/ 200” *Actualidad Civil*. 2002-1. N.º 6, pág. 241.

⁵⁷¹SAP de Alicante de fecha 24 de abril de 2001, sección 4ª.

⁵⁷²Lec. Art. 575. 2. Determinación de la cantidad y despacho de la ejecución. “Sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutado, el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva”.

⁵⁷³CASTILLEJO MANZANARES, R. Obra citada, pág. 482.

⁵⁷⁴CASTILLEJO MANZANARES, R. Obra citada, pág. 484.

Provincial de Sevilla de 20 de febrero de 2002, que señala que si para saber cuál es la cantidad debida hay que hacer algún tipo de operación, aunque sea una simple resta entre lo prestado y pagado, no es posible aplicar el supuesto del art. 571.1 LEC, sino que debe acudir al apartado 2 de dicho artículo, relativo a la ejecución por saldo de operaciones.

La doctrina que entiende que la deuda *ab initio* es líquida a pesar de que la cuantía no esté perfectamente determinada es mayoritaria, siempre y cuando el montante pueda quedar establecido mediante una simple operación aritmética, como se dispone en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2000⁵⁷⁵, estando jurisprudencialmente consolidada esta consideración⁵⁷⁶. En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de octubre de 2008⁵⁷⁷, se hace constar que “los préstamos comunes y ordinarios son líquidos *ab initio*, porque en ellos consta la entrega de la cantidad y la obligación de

⁵⁷⁵STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de Abril de 2000, rec. 1944/1995, ponente: González Poveda, Pedro Fundamento de Derecho Segundo.

⁵⁷⁶Cabe citar las siguientes resoluciones que aplican esta postura. La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de Julio de 2008, recurso nº 3788, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de Noviembre de 2005, recurso nº 1525/1999, ponente: Montés Penadés, Vicente Luis, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 8 de Mayo de 2001, recurso nº. 1111/1996, ponente: González Poveda, Pedro, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 13 Marzo de 1995, recurso. nº 2586/1991, ponente: Ortega Torres, Teófilo, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 9 de Noviembre de 1998, recurso nº 1825/1994, ponente: González Poveda, Pedro, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 de Diciembre de 1998, recurso 2199/1994, ponente: Morales Morales, Francisco, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de Abril de 2000, recurso nº 1944/1995, ponente: González Poveda, Pedro, AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, sentencia de 12 de Marzo de 2007, recurso nº 60/2006, ponente: Terrero Chacón, José Luis, AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Auto de 17 de Enero de 2007, recurso 59/2006, ponente: García García-Blanco, Isabel, AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 11 de Enero de 2008, recurso 553/2006, ponente: Córdoba Castroverde, Diego. AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Auto de 8 de Mayo de 2007, recurso 5/2007, ponente: Menéndez Rexach, Eduardo. AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 1 de Marzo de 2007, recurso 62/2006, ponente: Menéndez Rexach, Eduardo. AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 8 de Febrero de 2007, recurso 45/2006, ponente: Menéndez Rexach, Eduardo. SAP de Castellón, Sección 1ª, Auto de 14 de Noviembre de 2007, recurso 171/2007, ponente: Garrido Sancho, Pedro Luis. SAP de Madrid, Sección 9ª, de 25 de Junio de 2007, recurso 454/2006, ponente: Salcedo Gener, José María. AP de Barcelona, Sección 1ª, Auto de 19 de Abril de 2004, recurso 795/2003, ponente: Pereda Gámez, Francisco Javier. AP de Guipúzcoa, Sección 3ª, Auto de 30 de Septiembre de 2005, recurso 3347/2005, ponente: Argal Lara, Begoña. AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, Auto de 21 de Abril de 2008, recurso 727/2007 ponente: Navarro Miranda, José Ramón. AP de Cáceres, Sección 1ª, Auto de 26 de Octubre de 2005, recurso 457/2005, ponente: Bote Saavedra, Juan Francisco. AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, Auto de 12 de Marzo de 2007, recurso 642/2006, ponente: Dobarro Ramos, Eugenio Santiago. AP de Madrid, Sección 10ª, Auto de 10 de Junio de 2008, recurso 406/2008, ponente: Illescas Rus, Ángel Vicente. AP de Les Illes Balears, Sección 5ª, Auto de 4 de Diciembre de 2001, recurso 430/2001, ponente: Oliver Barceló, Santiago. AP de Barcelona, Sección 17ª, Auto de 30 de Junio de 2004, recurso 486/2004, ponente: Foncillas Sopena, Ramón. AP de Cáceres, Sección 1ª, Auto de 28 de Diciembre de 2005, recurso 577/2005, ponente: Bote Saavedra, Juan Francisco. AP de Toledo, Sección 1ª, Auto de 26 de Mayo de 2006, recurso 24/2006, ponente: Buceta Miller, Emilio. AP de Toledo, Sección 2ª, Auto de 15 de Marzo de 2007, recurso 314/2006, ponente: Carrión Matamoros, Alfonso. AP de Madrid, Sección 25ª, Auto de 23 de Enero de 2008, recurso 132/2007, ponente: Guglieri Vázquez, José María.

⁵⁷⁷AP de Madrid, Sección 14ª, Auto de 8 de Octubre de 2008, recurso nº 496/2008, ponente: Qucedo Aracil, Pablo., Razonamiento Jurídico segundo.

restitución al final del contrato. Si son préstamos con devolución a cuota fija también son originariamente líquidos; basta el contrato y la relación de cuotas impagadas para reputar cumplidos los requisitos habituales de justificación de la deuda”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de marzo de 2002⁵⁷⁸ distingue entre pólizas de préstamo y crédito y entre liquidez y certeza de las deudas, recalándose que en los préstamos son líquidas *ab initio* pero solo al objeto de despachar ejecución pudiendo el deudor, mediante la oportuna prueba, discutir su exactitud y certeza⁵⁷⁹. Desde el punto de vista de MARTÍN RUIZ⁵⁸⁰, la deuda reclamada no debe ofrecer duda alguna en pos de la seguridad jurídica, debiendo concretarse perfectamente a la hora de despachar ejecución aunque esto no obsta para que la liquidez del débito pueda basarse en simples operaciones matemáticas, siempre y cuando las pautas sean conocidas por el deudor.

El apartado 2 del artículo 572⁵⁸¹ de la LEC contempla el supuesto de que la deuda no tenga la condición de líquida desde un principio, como sucede en caso de las pólizas de crédito o contratos de cuenta corriente de crédito, debiendo observarse unos especiales requisitos para que una de las partes, el acreedor, pueda establecer unilateralmente el importe inicialmente líquido de la deuda. Estas condiciones deben estar recogidas y aceptadas por la parte en el llamado pacto de liquidación mediante el cual se permite que la cantidad reclamada sea determinada con posterioridad a la celebración del contrato⁵⁸², extremándose las precauciones y requisitos para que la liquidación así practicada pueda poner en marcha un proceso de ejecución⁵⁸³. Es muy importante destacar como en este

⁵⁷⁸SAP de Alicante de 7 de marzo de 2002.

⁵⁷⁹Cabe citar las sentencias de la AP de Alicante de 11 de junio de 1998, de 16 de febrero de 1994, de la AP de Tarragona de 30 de septiembre de 1993, de la AP de Barcelona de 15 de junio de 1992.

⁵⁸⁰MARTÍN RUIZ, A. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Edit. Lex Nova. 2012, pág. 943.

⁵⁸¹Art. 572.2 LEC “Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones. 2. También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación”.

⁵⁸²CASTILLEJO MANZANARES, R. “La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial”. En *La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial n° 53*. Consejo General del Poder Judicial, pág. 487.

⁵⁸³Art. 573 LEC. “Documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta 1. En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550, los siguientes: 1.º El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución. 2.º El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. 3.º El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible. 2. También podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono. Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el

caso, la liquidez de la deuda solamente quedará establecida tras el oportuno procedimiento judicial, haciéndose constar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 24 de octubre de 1994⁵⁸⁴ que “...si bien la certificación del saldo deudor es un documento fehaciente, expedida por la entidad ejecutante de conformidad con lo pactado por las partes, refleja un saldo exigible por vía ejecutiva, no pudiéndose tener por verdadero sin una suficiente cobertura probatoria, debiendo distinguirse, a los efectos que nos ocupan, entre los conceptos de liquidez y certeza de la deuda”.

Es decir, se sigue insistiendo en el hecho de que la liquidez de la deuda, ante su falta de reconocimiento, tan solo podrá ser demostrada por el acreedor tras la práctica de la prueba enmarcada en un procedimiento judicial, partiendo de una presunta liquidez previa que permita la iniciación del procedimiento judicial. Confirmando lo dicho, hay que mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de febrero⁵⁸⁵. Literalmente señala que, “si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o exigibilidad de la deuda, ni el art. 1.435 ni ningún otro precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil obligan al Juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora”. Sobre este procedimiento, también se pronuncia la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria de fecha 4 de junio de 1996⁵⁸⁶, estableciendo que a través del sistema previsto en el art. 1435, lo único que se pretende es la liquidez de la deuda y no su certeza, debiéndose comprobar documentalmente el origen de todas las partidas que dan lugar a los asientos de la cuenta abierta al deudor; en su Fundamento de Derecho tercero se precisa que “el saldo de la cuenta corriente de crédito deba tenerse por líquido de acuerdo al sistema previsto en el art. 1435.4ª y una vez cumplidas todas las formalidades, no quiere decir ni implica presunción a propósito de la realidad y certeza de las diferentes partidas incluidas en la cuenta de crédito”. A este respecto, se sigue diciendo que “disponen las partes de todos los medios de prueba debidamente formulados en el término de propósito del juicio ejecutivo, para acreditar su certeza y realidad, sin que las especialidades referidas normativamente en torno a la liquidez de la deuda impliquen una inversión del *onus probandi* rigiendo el principio general establecido por el art. 1.214 C.c.⁵⁸⁷”

despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución”.

⁵⁸⁴SAP de Alicante, Sección 4ª, de 24 de Octubre de 1994, ponente: Úbeda Mulero, José Luis., Fundamento de Derecho Primero.

⁵⁸⁵STC, Pleno, Sentencia 14/1992 de 10 de Febrero de 1992, recurso nº 1219/1988, ponente: Leguina Villa, Jesús, Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁸⁶SAP de Cantabria, Sección 3ª, de fecha 4 de junio de 1996, Fundamento de Derecho Segundo.

⁵⁸⁷El Art. 1.214 ha sido derogado por el apartado 2.1.º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» 8 enero). Redacción anterior Art. 1214. “Incumbe la

Por consiguiente, la liquidez de la deuda, aunque no es un requisito que expresamente sea recogido ni por la LOPD ni por el Reglamento ni por la Instrucción 1/1995, debe observarse en toda cesión de información a un fichero de morosos, ya que la liquidez, de forma aislada, es un requisito que debe ser probado para poder reclamar judicialmente una deuda, siendo además independiente de la consideración de la pura existencia de la deuda, junto con el cual conformarían el requisito de su veracidad, además de vencida y exigible.

Por otro lado, la liquidez de una deuda no puede establecerse por una sola de las partes, debiendo en todo caso el órgano judicial verificar si la deuda cuya ejecución se pretende tiene tal condición calificándose mientras tanto de presunta, ya sea porque es líquida desde el inicio o porque haya que llevarse a cabo un procedimiento especial previsto para las operaciones de crédito. Sin embargo, a la hora de transmitir la deuda a los ficheros de solvencia patrimonial, no se está haciendo así, dándose por sentado que la deuda es líquida por así decirlo el acreedor, solamente.

prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. En su lugar, la Lec establece en su Art. 217: Carga de la prueba. 2.” Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

CAPÍTULO 4
JUSTIFICACIÓN DE LA
EXISTENCIA DE LOS FICHEROS DE
MOROSOS

CAPÍTULO 4

JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LOS FICHEROS DE MOROSOS

4.1.-VALORACIÓN POSITIVA DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y JUDICIAL.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes a la hora de valorar de forma positiva la existencia de los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, como elemento necesario en el sistema financiero y económico del país.

Aunque coincidentes, son tres los puntos de vista desde los que se justifican los ficheros de morosidad por parte de la doctrina científica.

En primer lugar, el grupo más numeroso de autores defienden la existencia de estos ficheros por la importancia que tienen respecto a las entidades mercantiles, especialmente las financieras, y de todo el sistema económico en general. Es el caso de GRACIANO REGALADO⁵⁸⁸ quien afirma que resulta indudable su función positiva ya que constituyen una fuente de información de primer orden para las entidades crediticias, redundando en beneficio de la totalidad del sistema, evitando la canalización de unos recursos escasos a personas que no responden a la confianza en la que el sistema crediticio se basa y teniendo una función clave en el sistema financiero. También VIZCAÍNO CALDERÓN⁵⁸⁹, que destaca que responden a un interés público para la protección del tráfico económico más aún ante la alarmante subida de los ratios de morosidad. Por su parte, ALBURQUERQUE DOUTTES⁵⁹⁰ atribuye a los ficheros de morosidad una función de control social, poseyendo una gran importancia para la protección del sistema financiero ya que agilizan las transacciones comerciales evitando riesgos. Para JIMÉNEZ RIUS⁵⁹¹, los ficheros de morosos redundan, en primer término, en beneficio de las propias entidades titulares de los ficheros, pero en última instancia y, desde un punto de vista macroeconómico, también benefician la economía de todo el país. CASADO OLIVA⁵⁹² cita la sentencia de la

⁵⁸⁸GRACIANO REGALADO, J.C. Obra citada, pág. 1.722.

⁵⁸⁹VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Obra citada, pág. 301.

⁵⁹⁰ALBURQUERQUE DOUTTES ARAUJO, L. Obra citada, pág. 181.

⁵⁹¹JIMÉNEZ RIUS, P. “Análisis de la regulación ...”. Obra citada, pág. 229.

⁵⁹²CASADO OLIVA, O. Obra citada, pág. 190-191.

Audiencia Nacional de fecha 3 de marzo de 2000⁵⁹³, en la que se hace constar que con objeto de otorgar seguridad al tráfico financiero se permite a las entidades de crédito registrar y ceder datos de carácter personal relativos a la solvencia económica de los afectados sin su consentimiento. Considera que es necesario incidir en la excelencia de este tipo de ficheros, que debe quedar fuera de toda duda para el correcto funcionamiento del mercado económico general y crediticio en particular, contribuyendo a la mejora de la comercialización de bienes y servicios. PARRA LUCÁN⁵⁹⁴ comparte la posición del Tribunal de Defensa la Competencia al atribuir a estos ficheros una finalidad positiva en el tráfico económico, citando la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 2006⁵⁹⁵. En esta sentencia se estima correcta la creación de un fichero de solvencia que, aunque a juicio de la recurrente suponía una infracción del derecho de la competencia y una vulneración de la legislación sobre protección de datos, supone una contribución a mejorar la producción y la distribución de los productos o servicios y al fomento del progreso técnico y científico. PALOMAR OLMEDA⁵⁹⁶ (al igual que RUBIO TORRANO⁵⁹⁷) argumenta que según la resolución del TDC de 28 de setiembre de 1989⁵⁹⁸, un registro de morosos es una institución que se limita a facilitar información, cumpliendo una función de clarificación y saneamiento del tráfico mercantil. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ⁵⁹⁹, insiste en que los ficheros cumplen una importante función al ayudar a otorgar seguridad al tráfico mercantil⁶⁰⁰.

⁵⁹³SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 3 de marzo de 2000, recurso 444/ 1999. Fundamento Jurídico IV.

⁵⁹⁴PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 2.

⁵⁹⁵Sentencia del TSJ de Madrid (Sala Tercera) ASNEF-EQUIFAX Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05,55 “Tal como se ha indicado en el apartado 47 de la presente sentencia, registros como el controvertido en el procedimiento principal, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, pueden, en principio, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito. En efecto, tal como indicó sustancialmente el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá necesariamente incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de incumplimiento, con la consecuencia de que estos últimos habrán de soportar entonces un coste más elevado que si las referidas entidades estuvieran en condiciones de evaluar con mayor precisión la probabilidad de devolución de los créditos. En principio, registros como el mencionado anteriormente pueden atenuar tal tendencia”.

⁵⁹⁶PALOMAR OLMEDA, A. *Los ficheros de saldo “0”...* Obra citada, págs. 17-18.

⁵⁹⁷RUBIO TORRANO, E. *El registro de aceptaciones impagadas (RAI) y las prácticas restrictivas de las competencias*. Edit. Aranzadi, PAMPLONA, 2005, pág. 1.

⁵⁹⁸TDC, sección 2ª, de 28 de septiembre de 1989, ponente Bermejo Zofío, Felipe.

⁵⁹⁹FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. *Registros de ...* Obra citada, pág. 1.

⁶⁰⁰En el mismo sentido, PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, págs. 345-346.

Un segundo grupo de autores defienden la existencia de los ficheros comunes, no solo por ser beneficiosos para las empresas crediticias, sino porque, además, también lo son para los propios consumidores. FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶⁰¹ justifica la existencia de estos ficheros porque de no existir podríamos llegar al colapso financiero redundando, además, en beneficio del consumidor, porque proporciona unas bajadas del tipo de interés y contribuyendo a la mejora de la comercialización de bienes y servicios, lo que permite a los consumidores participar de esas ventajas⁶⁰². El autor también señala como el Tribunal de Defensa la Competencia entiende que esta información es de utilidad ya que permite a los operadores realizar un análisis más refinado del riesgo que entrañan las operaciones en las que intervienen resultando, a juicio del Tribunal, beneficioso para la economía en general. PLANA ARNALDOS⁶⁰³ concreta el interés legítimo de estos ficheros en aspectos como la evaluación del riesgo, la prevención del fraude y evitar la morosidad, considerándolos de interés general, propiciando entre otras cosas un acceso rápido al crédito y, finalmente, ÉCIJA⁶⁰⁴, opina que la legislación sobre protección de datos debe garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero sin llegar al punto de impedir en la práctica el suministro de una información que por otra parte resulta necesaria en nuestra sociedad.

Por último, y en tercer lugar, tan sólo se ha localizado un autor que se refiera a este tipo de ficheros como beneficiosos para el consumidor sin referencia alguna a las ventajas que suponen para el empresario. En concreto, FERRANDO VILLALBA⁶⁰⁵ hace hincapié en que en virtud de la Directiva 2008/48/ CE⁶⁰⁶ se establece una obligación por parte del prestamista de consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, dejando de ser un derecho para convertirse en una obligación, estableciéndose como seguridad o garantía para el consumidor de que se tendrá en cuenta su situación económica y patrimonial en la concesión, modificación o denegación del crédito solicitado⁶⁰⁷.

⁶⁰¹FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “La nueva Ley de Protección de Datos. Su por qué y sus novedades principales”. *Actualidad Informática Aranzadi*, enero, 2000, pág. 86.

⁶⁰²Resolución del TC, de 3 de abril de 1997, Expediente A 194/ 96, Morosos Información Bancaria, FJ 3.

⁶⁰³PLANA ARNALDOS, M.C. Obra citada, págs. 368-369.

⁶⁰⁴ÉCIJA BERNAL, A. Obra citada, pág. 566.

⁶⁰⁵FERRANDO VILLALBA, M.L. Obra citada, págs. 74-75.

⁶⁰⁶Directiva 2008/ 48/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Art. 8. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor. “1. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación”.

⁶⁰⁷DIRECTIVA 2008/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del

Queda patente como el registro de morosos opera como una herramienta de la que se pueden valer entidades que presten financiación para asegurarse mayores ratios de éxito.

La normativa no es ajena a esta consideración positiva de los ficheros de morosidad. Cabe destacar la Orden de 11 marzo de 2004 del Banco de España⁶⁰⁸, donde se hace una referencia a la Ley 44/ 2002 de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, desarrollándose un capítulo independiente, el sexto, dedicado a la regulación y desarrollo de la actividad de la Central de Información de Riesgos, justificando su desarrollo normativo por la importancia del CIR, tanto para el control del riesgo asumido por las entidades de crédito, como en el ejercicio de la función de supervisión atribuida al Banco de España⁶⁰⁹. El Real Decreto 602/2006⁶¹⁰, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad, considera que estos ficheros contribuyen a mejorar la producción y la comercialización de bienes y servicios y a promover el progreso técnico o económico, siempre que cumplan determinados requisitos, pudiéndose justificar por la situación económica general y el interés público. También se hace constar en esta norma que ha sido doctrina consolidada del Tribunal de Defensa de la Competencia que los registros de morosidad pueden cumplir una función de saneamiento y clarificación del tráfico mercantil que contribuye a la mejora de la comercialización de bienes y servicios, permitiendo

Consejo *Artículo 9* Acceso a bases de datos “1. Cada Estado miembro garantizará que los prestamistas de los demás Estados miembros tengan acceso a las bases de datos utilizadas en su territorio para la evaluación de la solvencia de los consumidores. Las condiciones de acceso deberán ser no discriminatorias. Artículo 8. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor. 1. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.”

⁶⁰⁸Orden ECO/697/2004, de 11 de Marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, (BOE de 18 de marzo).

⁶⁰⁹Así expuesto en la exposición de motivos, apartado II, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, BOE 23 Noviembre, en concreto “Como medida adicional para el fomento de la eficiencia del sistema financiero, hay que incluir el refuerzo del papel de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIR) que se lleva a cabo en el capítulo VI de la Ley. La CIR juega un papel fundamental tanto en el control del riesgo por las entidades de crédito, como en la supervisión que lleva a cabo el Banco de España. La Ley le confiere la naturaleza jurídica de un servicio público, en la medida en que facilita el ejercicio de las competencias del Banco de España y dota de mayor estabilidad al sistema crediticio español”.

⁶¹⁰El Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad. Exposición de Motivos.

a los consumidores o usuarios participar de las ventajas que de ellos se derivan, por lo que son susceptibles de autorización al amparo del artículo 3 de la LDC⁶¹¹.

La jurisprudencia también reconoce este papel importante de los ficheros sobre solvencia patrimonial. El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de julio de 2004⁶¹², expone que el RAI actúa como instrumento útil para las entidades bancarias al incluir en el mismo las personas que a su juicio resultan no pagadoras e incluso mal pagadoras y sirve para comunicarse entre sí esta circunstancia que actúa como medida de advertencia para mantener o no relaciones bancarias con los inscritos como morosos. La sentencia de la Audiencia Nacional de 10 mayo de 2002⁶¹³, destaca la importancia que tienen los ficheros de morosos en el sistema financiero y en la economía en general, por cuanto permiten a las entidades financieras, principalmente, conocer la solvencia de sus presentes o futuros clientes. La sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de Noviembre de 2006⁶¹⁴, hace constar que el fichero público de información de riesgos CIRBE tiene como principal misión controlar la capacidad de endeudamiento de las entidades de crédito y el saneamiento del sistema financiero.

Por su parte, el Servicio de Defensa de la Competencia considera que teniendo en cuenta los beneficios que el RAI tiene para el saneamiento del tráfico mercantil, estaría justificada la autorización desde el punto de vista de la libre competencia, al amparo del artículo 3.1 de la LDC.⁶¹⁵ El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 3 de noviembre de 1999⁶¹⁶, estima que los ficheros de información sobre solvencia patrimonial facilitan una información que contribuye a mejorar la producción y comercialización de servicios (en este caso los servicios financieros), lo que permite catalogar al acuerdo de creación y mantenimiento del Registro como autorizable en virtud de la Ley de Defensa de

⁶¹¹TDC, Pleno, Resolución de 8 de Febrero de 2005, recurso 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio .Fundamento Jurídico Décimo.

⁶¹²STS de fecha 5 de julio de 2004, recurso 4527/1999, Sala Primera, ponente Villagómez Rodil, Alfonso. Fundamento de Derecho Primero.

⁶¹³SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Mayo de 2002, recurso 656/2001, ponente: Teso Gamella, María del Pilar, Fundamento de Derecho sexto: "Esta Sala efectivamente conoce las funciones que realizan estos ficheros en su contribución a la salvaguarda del sistema financiero y de la economía en general, por cuando permiten a las entidades financieras, principalmente, conocer la solvencia de sus presentes o futuros clientes. Consciente de esta importante función, la Ley ha establecido un sistema de acceso al fichero más ágil, que como hemos visto se hace a instancias del acreedor y sin consentimiento del afectado, aunque con notificación posterior al mismo, pero la función que cumplen estos ficheros no puede imponerse por encima de la salvaguarda de los derechos fundamentales y de las previsiones plasmadas en la ley en forma de tipos sancionadores".

⁶¹⁴AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 16 de Noviembre de 2006, rec. 607/2004, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes. Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶¹⁵TDC, Pleno, Resolución de 8 Feb. 2005, recurso 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio .Fundamento Jurídico Segundo.

⁶¹⁶TDC, resolución de 3 de noviembre de 1999 Expediente A 239/98, Crédito Asnef -Equifax, FJ 3º.

la Competencia. Además, el Tribunal entiende que ese mejor funcionamiento de los mercados financieros redundará en beneficio de los usuarios de dichos productos por tres razones fundamentales. En primer lugar, contribuye a una mejor estimación de los riesgos y una asignación más precisa de las correspondientes primas, traduciéndose en una reducción general del coste de las operaciones. En segundo lugar, el mejor conocimiento del mercado del riesgo, al permitir distinguir entre aquéllos que son buenos y aquéllos que son mediocres, debe traducirse en un descenso de las primas para los primeros y en un correlativo aumento de las de los segundos, resultando beneficioso para la economía general y, en último término, para los propios usuarios de los servicios financieros. En tercer lugar, la información que antaño quedaba restringida a cada entidad concreta ahora es puesta a disposición de quienes se suscriben a la base de datos, contribuyendo a reducir las barreras de entrada y pueden considerarse favorables a un aumento de la competencia, lo que redundará también en beneficio de los usuarios. Para ello será necesario que el acceso a la base de datos no sea discriminatorio, pudiendo tener acceso cualquier entidad financiera sin más requisito que el abono de la correspondiente cuota. No obstante, en el presente caso, el TDC consideró que no quedó demostrado que el RAI cumpliera estas funciones, por lo que procedió a desestimar la petición.

La anterior resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia fue recurrida por AUSBANC⁶¹⁷, terminándose por dictar sentencia por la Audiencia Nacional el 28 de noviembre de 2001⁶¹⁸ analizándose la concurrencia de los requisitos que se consideran cumplidos en la resolución recurrida. Respecto a la mejora en la producción y comercialización de bienes y servicios o progreso tecnológico y económico, se hace constar que si bien los datos que proporciona el registro disminuyen el riesgo en la concesión de crédito, el límite en el riesgo hasta el nivel que resulta adecuado para proporcionar suficiente seguridad al mercado financiero ya se encuentra asegurado por los registros de morosos autorizados y fundamentalmente por la CIR del Banco de España. Se hace constar también que en la sentencia no se concreta en qué mejora al mercado se traduciría en una mayor disminución del riesgo, y ha de justificarse en términos concretos qué es el menor nivel de riesgo que será causa de una mejora en el mercado o de mayor progreso económico o tecnológico, todo lo cual ni se expresa por la actora ni se deduce del expediente. En cuanto a la participación de los usuarios y consumidores en la mejora del mercado, se afirma en la sentencia que es

⁶¹⁷Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios.

⁶¹⁸SAN, Sala Contencioso Administrativa, sección 6, de 28 de noviembre de 2001, ponente Concepción Mónica Montero, Elena, fundamento jurídico Cuarto. En igual sentido cabe mencionar la SAN. Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 7 de Diciembre de 2001, recurso 1024/1997, ponente: Montero Elena, Concepción Mónica, Fundamento Jurídico Cuarto.

imposible en cuanto no existe mejora alguna en la disminución del riesgo. La afirmación de la solicitante de que una disminución del riesgo se traduciría en una menor prima para el consumidor, también se rechaza. Se fundamenta esta decisión en que si bien la disminución del riesgo es un factor que determina un menor interés del préstamo, no es éste el único e incluso su incidencia es mínima, pues la bajada de interés ha venido obedeciendo en los últimos tiempos a decisiones del órgano regulador en el sector. Además, la incidencia en la bajada del tipo interés se producirá, en su caso, respecto a los solicitantes con escaso índice de riesgo pero no de los que presentan un perfil de mayor riesgo. Por otra parte, se termina diciendo en la sentencia, que está por acreditar que la diferenciación en el trato a los usuarios sea positivo para el mercado financiero y para la economía en general, pues el establecimiento de primas más gravosas a usuarios de mayor riesgo puede producir efectos perniciosos tales como barreras al crédito o que hagan de facto imposible su obtención, mayor coste a los usuarios cumplidores en atención a su nivel de endeudamiento, etc.

Queda claro cómo el Tribunal de Defensa de la Competencia muestra un gran interés por legalizar el funcionamiento de un registro sobre solvencia patrimonial y crédito, no dudando en esgrimir razones como la de llevarse a cabo en beneficio del consumidor. Por lo visto en la sentencia, es obvio que no es así. Como se dijo al principio de este apartado, los ficheros de morosidad son un instrumento del que pueden valerse las entidades en su operativa crediticia, siendo este su cometido y no otro.

No compartimos la confianza de doctrina y jurisprudencia en la necesidad de este tipo de ficheros. No debe olvidarse que el gran problema de la crisis financiera que estamos viviendo viene determinado, entre otras razones, por la concesión casi incontrolada de préstamos que han resultado impagados, siendo el origen el endeudamiento sobre préstamos *sub prime*, o sea, préstamos sin las debidas garantías a pesar de existir los ficheros de morosos. La existencia de los ficheros de morosidad se justifica porque se dice que es una herramienta casi indispensable para entidades que presten financiación, siendo de tal importancia que prevalece el derecho del empresario sobre el del consumidor, cuyos derechos pueden ser vulnerados. Sin embargo, la práctica nos demuestra que no han sido efectivos.

4.2.-LOS PELIGROS

A pesar de su entusiasmo por la figura, casi todos los autores referidos, de una u otra manera, advierten de los peligros que encierra el funcionamiento de estos ficheros y de los aspectos negativos que se pueden desencadenar.

Estos peligros son señalados de diferentes formas por parte de los autores.

Por un lado, de forma genérica, se advierten las consecuencias negativas que los ficheros comunes pueden llevar aparejado. En este sentido, GRACIANO REGALADO⁶¹⁹ afirma que mucho o bastante se ha escrito sobre los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito y casi nunca para bien, “erigiéndose estos ficheros como la bestia negra del sistema crediticio, sobre los que se extiende un halo misterioso que genera temor por su simple mención y que provoca el rechazo y el distanciamiento generalizado, presentando visiones negativas”. VIZCAÍNO CALDERÓN⁶²⁰ considera que esta actividad puede afectar negativamente al titular, por lo que se precisa un justo y necesario equilibrio. Para SOLER PUEBLA⁶²¹ estos ficheros son los menores en número pero los que acumulan el mayor número de quejas y conflictos, destacándose la incorporación de cientos de miles de datos de incidencias de telefonía móvil y tarjetas de crédito, muchos de ellos sin depurar, los cuales han mermado la calidad y fiabilidad de la información. PALOMAR OLMEDA⁶²² nos dice que siempre han planteado una amplia problemática en su aplicación y que la veracidad de los datos exige mucha prudencia para no convertir el fichero en una realidad ajena a la propia realidad jurídica sino, en el mejor de los casos, una extensión sobre lo que sí podría realmente realizarse. FAGUNDO HERMOSO⁶²³, considera que los ficheros sobre información de solvencia patrimonial son realmente sensibles y propensos a vulnerar derechos fundamentales, siendo fácil entrar y salir es una tarea harto complicada, convirtiéndose en una carrera de obstáculos, observándose una transgresión sistemática de las normas protectoras ante la pasividad de la Agencia de Protección de Datos sin que se hayan iniciado procedimientos ante la jurisdicción ordinaria, salvo casos de particulares ejerciendo el derecho de indemnización. Aunque es un medio lícito y permitido, no autoriza a incurrir en abusos o conductas ilegales, llamando la atención como ha tenido que ser el Tribunal de Defensa de la Competencia, al que no le compete la materia de protección de datos, el que haya condenado al RAI a dejar de operar en el mercado, habiendo puesto la primera piedra del reconocimiento del pleno ejercicio de sus derechos

⁶¹⁹GRACIANO REGALADO, J.C., Obra citada, pág. 1.722.

⁶²⁰VIZCAÍNO CALDERÓN M. Obra citada, pág. 301.

⁶²¹SOLER PUEBLA, J. Obra citada, pág. 40.

⁶²²PALOMAR OLMEDA, A. *Los ficheros de saldo “0” ...* Obra citada, pág. 17.

⁶²³FAGUNDO HERMOSO, A. Obra citada, págs. 69-70.

por el afectado. FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶²⁴, apunta que estos ficheros siempre han dado problemas desde el punto de vista de la Ley de Defensa la Competencia, siendo constante la polémica sobre su legalidad. Como dice el autor, la doctrina del Tribunal de Defensa la Competencia es constante en relación con los registros de morosos de vocación sectorial, constituyendo una forma de concertación entre empresarios para transmitirse información sobre sus clientes en cuanto puedan servir para establecer su estrategia comercial frente a estos, quedando incluido en las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y que su establecimiento sólo puede conseguirse mediante autorización.

Otros autores centran la peligrosidad de los ficheros en la posible vulneración del derecho a la intimidad y al honor. Este es el caso de ALBURQUERQUE DOUETTES⁶²⁵ quien opina que el problema está en compaginar la necesidad de la existencia de los ficheros comunes con el inexcusable respeto a los derechos reconocidos constitucionalmente a todas las personas, en especial a los derechos al honor y a la intimidad y, si por un lado son importantes estos ficheros para la protección del sistema financiero, por otro no puede significar intromisión ilícita en los derechos de intimidad y honor del ciudadano. Para PARRA LUCÁN⁶²⁶, los datos sobre solvencia patrimonial de una persona se pueden considerar como relativos a su intimidad personal, siendo razonable admitir la existencia de un interés legítimo de terceros en conocerlos. Por el contrario, la satisfacción del puro interés “morbooso cotilla” de conocer datos económicos de otra persona, podría suponer que la publicación de hechos verdaderos sobre los que existe un interés público, podría dar lugar a una vulneración de la intimidad de las personas. Este autor afirma que debe conciliarse la existencia de estos ficheros de morosos con los requisitos necesarios para garantizar que los datos publicados no sean falsos de modo que puedan causar injustamente un perjuicio al sujeto afectado. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ⁶²⁷ opina que estos ficheros plantean problemas de consideración, en cuanto a que al afectar a datos sensibles de las personas, pueden lesionar su honor. En este sentido, hace referencia a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 24 de abril de 2009⁶²⁸ en la que se dice que “... lo que indudablemente, sobre todo tratándose de una persona no comerciante, supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en

⁶²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “La nueva ley de ...” Obra citada, pág. 80.

⁶²⁵ ALBURQUERQUE DOUETTES ARAUJO, L. Obra citada, pág. 188.

⁶²⁶ PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 3.

⁶²⁷ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. *Registros de ...* Obra citada, pág. 1.

⁶²⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de Abril de 2009, recurso n.º. 2221/2002, ponente: O’Callaghan Muñoz, Xavier, Fundamento de Derecho Segundo.

forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas”.

Por último, hay autores que entienden que el peligro en el mal uso de los ficheros de morosos abarca no solo una intromisión al derecho al honor y a la intimidad, sino que también puede afectar al ámbito económico del titular de los datos. En esta línea se encuentra JIMÉNEZ RIUS⁶²⁹, quien opina que la inclusión en los ficheros de morosos afecta en ocasiones de manera muy negativa a la esfera económica y reputación de algunos clientes, teniendo que ir la intimidad de los datos personales por delante de las necesidades de agilidad del tráfico mercantil bancario, debiendo primar la protección del derecho a la autodeterminación informativa sobre la libertad de empresa y sobre la rapidez que en la actualidad existen en las relaciones comerciales. Una correcta política legislativa, termina diciendo el autor, no tiene por qué obstaculizar la actividad económica por lo que las entidades de crédito deben ajustar su actuación a lo establecido en la LOPD, sin que sea excusa que el incumplimiento de la misma vaya en detrimento de la eficacia y rapidez que exige el desenvolvimiento de las actividades económicas y mercantiles. CASADO OLIVA⁶³⁰ recalca que un uso indebido puede generar graves repercusiones sociales y económicas para el ciudadano, llevando consigo un indudable peligro para la intimidad y el honor de las personas, por lo que habrá que procederse con un control riguroso y revisión exhaustiva. MIGUEL SAN AGUSTÍN⁶³¹, recuerda que la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, por lo que debe extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan. FERRANDO VILLALBA⁶³² apunta que la inclusión de datos en un fichero de morosidad puede resultar en el ámbito de la concesión de créditos altamente perjudicial para el titular de los datos y más en la situación actual de limitación absoluta de la concesión de créditos y aumento considerable de los requisitos y niveles de solvencia exigidos para su concesión, llegando a decir que los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito es el grupo de ficheros que más preocupa a los ciudadanos, remitiéndose a la memoria de la Agencia del año 2008⁶³³. Igual opina PASCUAL HUERTA⁶³⁴.

⁶²⁹JIMÉNEZ RIUS, P. *Análisis de la regulación ...* Obra citada, pág. 229.

⁶³⁰CASADO OLIVA, O. Obra citada, pág. 191.

⁶³¹MIGUEL SAN AGUSTÍN, M.C. Obra citada, pág. 3.

⁶³²FERRANDO VILLALBA, M.L. Obra citada, pág. 67.

⁶³³AGPD, Memoria 2008, pág. 18. “*Los sectores de actividad a los que afectan las sentencias dictadas, siguen siendo especialmente comunicaciones electrónicas, banca y seguros. Aunque tienen ya cierta relevancia las sentencias relacionadas con asociaciones y sindicatos, empresas del sector energético y*

Cabe deducir, de todos los argumentos expuestos por la doctrina que, por un lado los ficheros sobre solvencia patrimonial son necesarios en nuestra sociedad pero encierran un potencial peligro ante un mal uso, postura que compartimos plenamente. Por tanto, no queda otra alternativa que la de centrarse en un correcto y legal funcionamiento de estos ficheros, ya que la solución de eliminarlos no es factible. El objeto de esta investigación no es sólo poner de relieve que su funcionamiento práctico va contra la ley sino, además, el proponer soluciones alternativas a esas malas prácticas, entendiendo que deben seguir prestando sus servicios a las entidades de financiación.

Estas consideraciones son contempladas desde las propias instituciones públicas, como es el caso del Grupo de Trabajo creado en el seno de la Unión Europea al amparo del art. 29 de la Directiva 95/ 46/ CE⁶³⁵, el cual desarrolló un documento, bajo la cobertura del art. 30 de dicha Directiva⁶³⁶, sobre las “listas negras”⁶³⁷,

las Administraciones Públicas, siguen siendo especialmente significativas las referidas a la inclusión de datos inexactos en ficheros de solvencia patrimonial y crédito o por la contratación de servicios”.

⁶³⁴En PASCUAL HUERTA, P. Obra citada, págs. 334-335.

⁶³⁵Art, 29 Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos., Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. “1. Se crea un grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, en lo sucesivo denominado <Grupo>. Dicho Grupo tendrá carácter consultivo e independiente. 2. El Grupo estará compuesto por un representante de la autoridad o de las autoridades de control designadas por cada Estado miembro, por un representante de la autoridad o autoridades creadas por las instituciones y organismos comunitarios, y por un representante de la Comisión. Cada miembro del Grupo será designado por la institución, autoridad o autoridades a que represente. Cuando un Estado miembro haya designado varias autoridades de control, éstas nombrarán a un representante común. Lo mismo harán las autoridades creadas por las instituciones y organismos comunitarios. 3. El Grupo tomará sus decisiones por mayoría simple de los representantes de las autoridades de control. 4. El Grupo elegirá a su presidente. El mandato del presidente tendrá una duración de dos años. El mandato será renovable 5. La Comisión desempeñará las funciones de secretaría del Grupo. 6. El Grupo aprobará su reglamento interno. 7. El Grupo examinará los asuntos incluidos en el orden del día por su presidente, bien por iniciativa de éste, bien previa solicitud de un representante de las autoridades de control, bien a solicitud de la Comisión”.

⁶³⁶Art, 30 Directiva 95/46/CE, 1. “El Grupo tendrá por cometido: a) estudiar toda cuestión relativa a la aplicación de las disposiciones nacionales tomadas para la aplicación de la presente Directiva con vistas a contribuir a su aplicación homogénea; b) emitir un dictamen destinado a la Comisión sobre el nivel de protección existente dentro de la Comunidad y en los países terceros; c) asesorar a la Comisión sobre cualquier proyecto de modificación de la presente Directiva, cualquier proyecto de medidas adicionales o específicas que deban adaptarse para salvaguardar los derechos y libertades de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, así como sobre cualquier otro proyecto de medidas comunitarias que afecte a dichos derechos y libertades; d) emitir un dictamen sobre los códigos de conducta elaborados a escala comunitaria. 2. Si el Grupo comprobaré la existencia de divergencias entre la legislación y la práctica de los Estados miembros que pudieren afectar a la equivalencia de la protección de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales en la Comunidad, informará de ello a la Comisión. 3. El Grupo podrá, por iniciativa propia, formular recomendaciones sobre cualquier asunto relacionado con la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en la Comunidad. 4. Los dictámenes y recomendaciones del Grupo se transmitirán a la Comisión Y al Comité contemplado en el artículo 31. 5. La Comisión informará al Grupo del curso que haya dado a los dictámenes y recomendaciones. A tal efecto, elaborará un informe, que será transmitido asimismo al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe será publicado. 6. El Grupo elaborará un informe anual sobre la situación de la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

donde se constata que los ficheros relativos a servicios de información sobre solvencia patrimonial son los que, en general, suscitan un mayor número de reclamaciones a las autoridades de control de protección de datos europeas. Se hace especial hincapié en el hecho de que existen diversos tipos de regulación de los Estados miembros, precisándose que en algunos La legislación sobre protección de datos se aplica también a las personas jurídicas, mientras que en otros aparece en normativas sectoriales de carácter comercial o financiero, no tratándose de valorar o enjuiciar la legitimidad de la existencia de tales ficheros, sino de analizar su aplicación y puesta en práctica. El informe termina diciendo que “dada la trascendencia de este problema, y teniendo en cuenta que existen sectores económicos cruciales (por ejemplo, sector financiero o de telecomunicaciones) en los que la existencia de este tipo de ficheros afecta a un importante número de ciudadanos, el Grupo de Trabajo del artículo 29 desea concienciar a las instituciones comunitarias acerca de la necesidad de que en este ámbito existan criterios comunes, directrices o líneas de actuación, en el marco y de conformidad con la Directiva 95/46/CE y con las respectivas legislaciones internas de los Estados miembros”.

Los peligros de los ficheros sobre morosidad no han quedado al margen de la jurisprudencia, pudiéndose citar la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2002⁶³⁸, donde se dice que “la permanencia en el registro de morosos es un hecho de gran trascendencia del que se pueden derivar consecuencias muy negativas para los afectados, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar, debiéndose evitar los posibles errores cerciorándose previamente, si la persona deudora es realmente aquella cuyos datos se facilita al registro⁶³⁹”. El Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 24 de abril de 2009, fundamento de derecho Segundo, expone que “...con lo cual, se reitera la doctrina que ya sentó la sentencia de 5 de julio de

de datos personales en la Comunidad y en los países terceros, y lo transmitirá al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. Dicho informe será publicado”.

⁶³⁷ART. 29 - Grupo de trabajo sobre protección de datos. 11118/02/ES/Final WP 65. Documento de trabajo sobre las listas negras Adoptado el 3 de octubre de 2002.

⁶³⁸SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Marzo de 2006, rec. 383/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, Fundamento de Derecho Tercero.

⁶³⁹En este sentido sentencias de la AN Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 29 de octubre de 2009, recurso 56/2009, ponente Veiga Nicole, Elisa, de 14 de Noviembre de. 2007, recurso 67/2006, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 16 de Enero de 2008, recurso 237/2006, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 17 de Julio de 2008, recurso 154/2007, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 21 de Noviembre de 2007, recurso 152/2006, ponente: Guerrero Zaplana, José, de 27 de Junio de 2007, recurso 244/2005, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 28 de Septiembre de 2005, recurso 1049/2003, ponente: Fernández García, José Arturo, de 29 de Marzo de 2006, recurso 440/2004, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, de 29 de octubre de 2009, recurso 56/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa, sentencias de la AP de Madrid, sección 12ª, de 18 de junio de 2009, nº 448/2009, recurso 404/2008, ponente Herrero de Egaña y Octavio de Toledo, Fernando, SAP de Valencia, sección 7ª de 19 de noviembre de 2003, nº 697/2003, recurso 709/2003, ponente Ibáñez Solaz, María, SAP de Valencia, sección 7ª, de 19 de noviembre de 2003, nº 697/2003, recurso 709/2003, ponente Ibáñez Solaz, María.

2004 que contempló el caso de la inclusión de una persona en el Registro de aceptaciones impagadas conocido por RAI por impago de unas letras de cambio cuya firma en la aceptación era falsa y dice, respecto a tales registros que es práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se presenta abusiva y arbitraria como aquí sucede, ya que evidentemente la inclusión en el RAI resulta notoriamente indebida y no precisamente por error cuando era conocido que no se trataba de persona morosa”. En la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de marzo de 2006⁶⁴⁰, se hace una importante reflexión al decirse que “la ley de datos personales, exige al responsable de un tratamiento la obligación de cerciorarse de que estos respondan a la realidad, más aún cuando se refieren a la morosidad de una persona y que por ello se van a incluir en un fichero de los denominados de solvencia patrimonial, que como apunta la abogacía del estado tiene consecuencia frente a otros acreedores que no lo son de quien es incluido en el mismo y que afecta a este último de forma muy decisiva en sus relaciones económicas”. El Tribunal Constitucional ha considerado que los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, siendo este un aspecto importante a la hora de reclamar una indemnización por una intromisión al derecho al honor como consecuencia de una inclusión indebida en un fichero de solvencia patrimonial (sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984⁶⁴¹, 23 de junio de 1986⁶⁴² y 26 de abril de 1990⁶⁴³).

Creemos que la protección debe ir más allá de los casos contemplados en dicha sentencia del Tribunal Constitucional. Opinamos que todo dato personal que sea incluido en uno de estos ficheros lastima el honor de la persona, ya que denigra su dignidad, con independencia de que sea cierto o no, aunque en este último caso se estaría llevando a cabo de forma ilegal pudiendo ser sancionada la empresa que cede los datos erróneos. Así lo entiende la jurisprudencia, pudiéndose citar sentencias como las del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 1995⁶⁴⁴, 2 de abril de 2001⁶⁴⁵ y 1 de julio de 2004⁶⁴⁶ en las que se afirma que “la divulgación en determinadas circunstancias, de los datos concernientes a la morosidad del deudor, aunque sea cierta, implica un vejamen o

⁶⁴⁰SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Marzo de 2006, recurso nº 383/2004, ponente: Fernández García, José Arturo, Fundamento Jurídico Tercero.

⁶⁴¹ STC, Sala Primera, 110/1984 de 26 de Noviembre de 1984, recurso nº 575/1983, ponente: Latorre Segura, Ángel.

⁶⁴²STC, de 23 de junio de 1986, 982/ 1986.

⁶⁴³STC, Pleno, 76/1990 de 26 de Abril de 1990, recurso nº 695/1985, ponente: Leguina Villa, Jesús.

⁶⁴⁴STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de Diciembre de 1995, rec. 2003/1992.

ponente: Almagro Nosete, José, Fundamento de Derecho Quinto.

⁶⁴⁵STS, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de Abril de 2001, recurso nº 997/1996, ponente: González Poveda, Pedro. Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁴⁶STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de Julio de 2004, recurso nº. 4393/2000, ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, Fundamento de Derecho Primero.

acción denigratoria que atentan contra la dignidad de la persona humana y lastiman y lesionan el honor del sujeto afectado. Ello es así porque habitualmente no suelen ser los sujetos desaprensivos y menos propicios al pago los que se avergüenzan con actos de esta naturaleza, sino aquellos que timoratos o más necesitados de la respetabilidad de las personas de su entorno se sienten intimidados por la posible censura social que menoscabe la estima o aprecio que, a su juicio, tienen los demás para con él”.

- *La protección de los datos personales como derecho fundamental.*

Desde otro punto de vista, el peligro del manejo incorrecto de una base de datos sobre morosidad no debe ponerse de forma exclusiva en conexión con la vulneración del derecho al honor, ya que la protección de los datos personales es un derecho fundamental en sí mismo considerado con independencia de si afecta al honor e intimidad de la persona. El Tribunal Constitucional dictó sentencia con fecha 30 de noviembre del año 2000⁶⁴⁷, en cuyo Fundamento de Derecho 4º se lleva a cabo un estudio en profundidad sobre el derecho fundamental a la intimidad, reflejado en el art. 18.4 CE y el significado que debe dársele. El Tribunal llega a establecer que el constituyente quiso garantizar mediante este último artículo los derechos fundamentales de la intimidad y del honor, pero no como un ámbito de protección específico. Continúa diciendo que el art. 18.4 CE contempla el derecho a la intimidad y el honor y el pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos, suponiendo un derecho fundamental en sí mismo el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, ostentando al día de hoy la garantía de la vida privada de la persona y su reputación, una dimensión que excede del propio derecho fundamental a la intimidad, y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Es así como surge el derecho a la “libertad informática”, entendido como el derecho fundamental a la protección de datos⁶⁴⁸. Muy importante es la apreciación que el Tribunal Constitucional hace del derecho fundamental a la protección de datos y el porqué de su consideración de forma independiente al derecho a la intimidad y al honor. Nos viene a decir que, a diferencia del derecho a la intimidad, el derecho a la protección de los datos atribuye a su titular un haz de facultades que consiste, en su mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados

⁶⁴⁷STC, Pleno, Sentencia 290/2000 de 30 de Noviembre de 2000, recurso n°. 201/1993, ponente: González Campos, Julio Diego.

⁶⁴⁸En GUERRERO PICO, M.C. *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Edit. Aranzadi. 2006, págs. 217-220.

comportamientos cuya concreta regulación establece la Ley, limitando el uso de la informática y desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos con diferente función y finalidad del derecho fundamental a la intimidad personal. Entre estas facultades cabe destacar el derecho de acceso a los datos, el de rectificación, cancelación, oposición, a ser informado previamente del carácter de los datos, a la necesidad de consentimiento ó a la finalidad de la recogida de los datos, etc. Es decir, no solamente se reconoce la existencia del derecho fundamental a la protección de datos, sino que desarrolla su contenido disponiendo que su objetivo es garantizar a las personas el poder de control sobre sus propios datos, uso y destino y, de esa manera, impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado. Por esta razón, el derecho a la protección de datos tiene un objeto más amplio que el derecho a la intimidad, por lo que la protección de datos puede afectar a datos íntimos ó no. De esta forma quedó definitivamente implantado en nuestro país el derecho fundamental a la protección de los datos personales, no debiendo contemplarse este derecho desde el punto de vista de la esfera personal frente a los demás, sino como un deber y responsabilidad de estos hacia el individuo⁶⁴⁹. El arraigo de este derecho fundamental en España queda plasmado en diferentes estatutos de autonomía, como son los de Cataluña⁶⁵⁰, Castilla y León⁶⁵¹, Aragón⁶⁵², Andalucía⁶⁵³ e Islas Baleares⁶⁵⁴.

⁶⁴⁹TRONCOSO REIGADA, A. “La protección de datos personales en las Administraciones Públicas”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 35. Febrero 2007, pág. 255.

⁶⁵⁰Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, BOE de 20 de Julio. Art. 31. Derecho a la protección de los datos personales. “Todas las personas tienen derecho a la protección de los datos personales contenidos en los ficheros que son competencia de la Generalitat y el derecho a acceder a los mismos, a su examen y a obtener su corrección. Una autoridad independiente, designada por el Parlamento, debe velar por el respeto de estos derechos en los términos que establecen las leyes”.

⁶⁵¹Art. 12 Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. BOE de 1 de Diciembre. “Derecho a una buena Administración. La Ley garantizará los siguientes derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica: A recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos. A un tratamiento imparcial y objetivo de los asuntos que les conciernan y a la resolución de los mismos en un plazo razonable. Al acceso a los archivos y registros administrativos, a los documentos de las instituciones y administraciones públicas de Castilla y León, y a la información administrativa, con las excepciones que legalmente se establezcan. A la protección de los datos personales contenidos en ficheros dependientes de la Administración autonómica, garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos. Mediante Ley de las Cortes podrá crearse la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Castilla y León para velar por el respeto de estos derechos en el marco de la legislación estatal aplicable. Al acceso en condiciones de igualdad y con pleno respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad a los empleos públicos en la Administración autonómica y en los entes de ella dependientes. A formular quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos”.

⁶⁵²Art. 16 Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. BOE de 23 de Abril. Derechos en relación con los servicios públicos. “1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a unos servicios públicos de calidad. 2. Los ciudadanos y ciudadanas, en el marco de lo regulado por las Leyes, tienen derecho a formular solicitudes, peticiones, reclamaciones y recursos ante las Administraciones Públicas y a que éstos sean resueltos en los plazos adecuados. 3. Todas las personas tienen derecho a la protección de sus datos personales contenidos en las bases de datos

En definitiva, si por la doctrina es un hecho incontestable los peligros que puede conllevar un inadecuado tratamiento de datos en el entorno de los ficheros sobre solvencia patrimonial en cuanto a que éstos puedan afectar a su honor e intimidad, más delicado deberá ser su tratamiento y respecto de la legalidad si tenemos en cuenta que se trata de un derecho fundamental.

4.3.-SU FINALIDAD

El análisis de la finalidad de los ficheros de morosidad tiene gran importancia no sólo para determinar si en la práctica se está cumpliendo correctamente, sino también porque esta finalidad es invocada, desde diferentes ámbitos, para justificar la existencia de los ficheros.

Con carácter previo a su estudio, procede determinar cuáles son las finalidades concretas de los principales ficheros de información de solvencia patrimonial. En concreto:

1) El fichero CIRBE, dependiente del Banco de España, viene contemplado en la ley 44/ 2002⁶⁵⁵ sobre la reforma del sistema financiero, disponiendo que su finalidad es la de recabar de las entidades declarantes datos e informaciones sobre los riesgos de crédito para facilitar a las entidades declarantes⁶⁵⁶ datos

de las Administraciones Públicas y empresas públicas aragonesas y las empresas privadas que trabajen o colaboren con ellas. Igualmente, tendrán derecho a acceder a los mismos, a su examen y a obtener su corrección y cancelación”.

⁶⁵³Art. 32 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. BOE de 20 de Marzo. “Protección de datos. Se garantiza el derecho de todas las personas al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas”.

⁶⁵⁴Art. 25 Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. BOE de 1 de Marzo. Salud. “1. Se garantiza el derecho a la prevención y a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal. 2. Todas las personas con relación a los servicios sanitarios tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para usarlos y sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a su historia clínica propia y a la confidencialidad de los datos relativos a la propia salud, en los términos que establecen las Leyes. 3. Todas las personas con relación a los servicios sanitarios tienen derecho al conocimiento y a la exigencia de cumplimiento de un plazo máximo para que les sea aplicado un tratamiento; a ser informadas de todos los derechos que les asisten y a no padecer ningún tratamiento o práctica degradante. 4. Todas las personas tienen derecho a un adecuado tratamiento del dolor y a cuidados paliativos, así como a declarar su voluntad vital anticipada que deberá respetarse en los términos que establezca la Ley. Art. 28. Datos personales y ficheros. Todas las personas tienen derecho al acceso, la protección, la corrección y la cancelación de sus datos personales que figuren en los ficheros de titularidad de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma y de los entes u organismos de cualquier clase vinculados o dependientes de las mismas”.

⁶⁵⁵Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. BOE 23 de Noviembre.

⁶⁵⁶Art. 60 Ley 44/ 2002. Entidades declarantes y contenido de las declaraciones. Primero. “Tendrán la consideración de entidades declarantes, a los efectos de la presente Ley, las siguientes: el Banco de España, las entidades de crédito españolas, las sucursales en España de las entidades de crédito

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; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas⁶⁵⁷. También es definido en el Real Decreto 602/2006⁶⁵⁸, en cuyo artículo segundo se regula que se trata de un instrumento habilitado para el intercambio permanente de información entre operadores económicos competidores sobre el incumplimiento de las obligaciones dinerarias derivadas de su actividad empresarial. La Ley 44/2002 vino a derogar el artículo 16 del Decreto Ley 18/ 1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España. En aquella ocasión, la finalidad del fichero era diferente al actual. En su origen, el CIRBE tenía como finalidad fundamental el ofrecer datos al Banco de España para que éste llevase a cabo una labor estadística sobre el desarrollo del crédito en España y tan sólo en ocasiones excepcionales notificaría a la banca privada datos que representasen riesgos excepcionales o prudencialmente excesivos⁶⁵⁹. Llama la atención, como en aquel entonces, tan

extranjeras, los fondos de garantía de depósitos, las sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento, aquellas otras entidades que determine el Ministerio de Economía a propuesta del Banco de España.”

⁶⁵⁷Art. 59 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, “Naturaleza y objetivos de la Central de Información de Riesgos. Primero. La Central de Información de Riesgos” (en adelante CIR).

⁶⁵⁸Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad.

⁶⁵⁹Art. 16 Decreto Ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España, BOE 13 Junio. Central de Información de Riesgos “El Banco de España establecerá un Servicio Central de Información de Riesgos en relación con las operaciones de crédito de la Banca, Cajas de Ahorro y demás entidades de crédito. Todos los Bancos privados y las entidades de crédito, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, remitirán periódicamente al Banco de España todos los datos sobre la concesión de créditos que reglamentariamente se determine y en los formularios que se establezcan. Las entidades oficiales de crédito y las Cajas de Ahorro remitirán a la central de Riesgos dichos datos por conducto del Instituto de Crédito a medio y largo plazo y del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro, respectivamente. Los datos que habrán de ser remitidos dentro de los primeros quince días de cada mes natural, con referencia a las operaciones del mes anterior contendrán no solamente las circunstancias excepcionales que puedan darse en los créditos, tales como insolvencia, moratoria u otras análogas, sino también señalarán aquellos créditos que, por su importancia, puedan significar concentración de riesgo, a cuyo efecto en las normas reglamentarias que se dicten se señalarán las cuentas de crédito que determina la obligación de esta comunicación en función no solamente del capital y reservas patrimoniales de la entidad de crédito, sino de la solvencia patrimonial del usuario del crédito mismo. Los datos que en cumplimiento de lo que en este artículo se establece remitan los Bancos, Cajas de Ahorro y entidades de crédito estarán además clasificados en función de las actividades económicas o profesionales del acreditado, así como por zonas geográficas y plazos. La Central de Riesgos del Banco de España elaborará, a base de los datos recibidos, la estadística general del desarrollo del crédito en España, y dentro del sector bancario notificará a la Banca privada aquellos casos en que reunidos los antecedentes de diversas entidades de crédito puedan representar un riesgo excepcional o exceder de los límites prudenciales de la política de crédito. Con independencia de esta notificación de los casos excepcionales del crédito, los Bancos podrán solicitar de la Central de Riesgos los antecedentes e informes que consideren necesarios para su normal desarrollo, quedando obligados al mantenimiento del secreto bancario, cuya infracción será corregida disciplinariamente. En las notificaciones que el Banco de España curse en virtud de lo que anteriormente se dispone, se omitirá la designación de las otras entidades de crédito en que la persona física o jurídica resulte endeudada. El desarrollo del servicio de la Central de

solo estaba previsto ceder datos a las entidades financieras sobre morosidad ante situaciones excepcionales y ahora se ceden de forma mecánica y en bloque con carácter mensual. La evolución legal, lejos de favorecer y proteger los derechos del consumidor, los menoscaba a favor de las entidades financieras. ROCAFORT PÉREZ⁶⁶⁰ entiende que la finalidad de este fichero es la de controlar los riesgos contraídos por las entidades de crédito de acuerdo con las normas publicadas por el Banco de España.

2) El Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)⁶⁶¹, es un fichero de titularidad privada, cuya finalidad anunciada en su página web es la de contribuir al saneamiento del sistema financiero y mejora del tráfico mercantil, mediante la puesta a disposición de información tanto a acreedores como a empresas dedicadas a proporcionar informes de solvencia patrimonial, relativa a incumplimientos de pago tanto de personas físicas como jurídicas que puedan acreditar que tienen un crédito concedido o solicitado a una persona jurídica, a través de sistemas informáticos centralizados⁶⁶². La finalidad de este fichero que obra en la AGPD, es la de tratarse de un fichero común relativo al cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitadas por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito a las entidades participantes del sector financiero y operadores de telecomunicaciones. La resolución dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 8 de febrero de 2005⁶⁶³, en su fundamento jurídico undécimo hace constar que “el RAI es un registro de morosidad con peculiaridades diferenciales de las prácticas habituales en los ficheros de morosos. Así, sólo recoge las deudas de una persona física o jurídica gestionadas por los bancos miembros del RAI derivadas del impago de aquellos efectos que han sido previamente aceptados, y el intercambio de información sobre morosidad no se produce entre los operadores que sufren la morosidad, sino entre quienes la observan desde una posición de paso del tráfico mercantil”.

3) El fichero ASNEF EQUIFAX⁶⁶⁴ tiene por finalidad la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito de datos, relativos al cumplimiento e incumplimiento por parte de personas físicas o jurídicas de sus

Riesgos será regulado en el Reglamento que al efecto se dicte por el Ministro de Hacienda, a propuesta del Banco de España”.

⁶⁶⁰ROCAFORT PÉREZ, G.M. Obra citada, pág. 1.806.

⁶⁶¹El responsable del fichero es Experian Bureau de Crédito S.A., Información obtenida de la pág.web de la AGPD (www.agpd.es), relación de ficheros inscritos de titularidad privada.

⁶⁶²Información obtenida de la página web oficial del RAI” www.ficherosrai.com”.

⁶⁶³ TDC, Pleno, Resolución de 8 de Febrero de 2005, recurso nº 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio.

⁶⁶⁴El responsable del fichero es ASNEF EQUIFAX SERVICIOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA Y CRÉDITO SL. Información obtenida de la pág.web de la AGPD (www.agpd.es), relación de ficheros inscritos de titularidad privada.

obligaciones financieras y crediticias, para apoyar la toma de decisiones en las relaciones negociales de ámbito financiero y crediticio, (así lo define SOLER PUEBLA⁶⁶⁵).

Con carácter general, y siguiendo a CASADO OLIVA⁶⁶⁶, la razón de ser de estos ficheros es la de dar a conocer en el tráfico mercantil la solvencia patrimonial, así como el grado de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones dinerarias contraídas por los afectados con sus acreedores, informando y emitiendo, asimismo, evaluaciones y apreciaciones sobre la solvencia patrimonial y crédito de las personas.

En nuestra legislación, la finalidad de estos ficheros viene contemplada en el apartado cuarto del 29 LOPD, disponiendo que deben servir para enjuiciar la solvencia económica de los interesados⁶⁶⁷. Para asegurar que los ficheros se usan con la finalidad para la que son creados, el artículo 42 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, prevé que los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia cuando el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida, que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio ó que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica. Para un adecuado tratamiento los datos personales en este ámbito, debe respetarse en todo caso el principio de la calidad de los datos recogido en el artículo 4 de la ley 15/99 LOPD, y más concretamente en su apartado 2, donde se dispone que los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades “incompatibles” con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

Cabe destacar como, en la antigua ley (la LORTAD) el término empleado no era el de “incompatibilidad”, sino el de “distinción”⁶⁶⁸. Evidentemente, ambos términos tienen un alcance diferente. Parece más adecuado el contemplado en la ley derogada (distinción), ya que su amplitud dejaba menos margen de duda a la vez que ofrecía mayor dosis de seguridad jurídica. La “incompatibilidad”, en cambio, requiere un análisis para cada caso concreto de hasta qué punto una finalidad es ó no incompatible con la que en su momento originó la captación de

⁶⁶⁵SOLER PUEBLA, J. Obra citada, pág. 45.

⁶⁶⁶CASADO OLIVA, O. Obra citada, pág. 190.

⁶⁶⁷Art. 29.4 LOPD, “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 ”

⁶⁶⁸Art. 4 LORTAD.”Calidad de los datos...”2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.”

los datos⁶⁶⁹. Es más, a tenor de lo dispuesto en este precepto, podría llegar a pensarse que es posible utilizar unos datos para una finalidad diferente para la que fueron recabados, siempre y cuando se consiga demostrar que las finalidades no son incompatibles. Es por este motivo, la redacción tal cual está vigente, puede generar una cierta inseguridad jurídica. La Ley no nos dice qué debe entenderse por incompatible, disponiendo tan solo que no será incompatible el uso para el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

La doctrina científica viene entendiendo que el término “incompatible” debe dársele el mismo alcance y significado que el de “distinto”. Para VIZCAÍNO CALDERÓN⁶⁷⁰, si se tiene en cuenta que en el mismo artículo se nos exige que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades determinadas, explícitas y legítimas, resultaría del todo absurdo que se pudieran aplicar a actividades distintas aún cuando no fueran incompatibles. Es más, el apartado quinto del artículo, ordena la cancelación de los datos cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad que fueron recabados. VERDAGUER LÓPEZ⁶⁷¹ es de la opinión que el término “incompatible” debe ser interpretado restrictivamente, debiendo considerarse, con carácter general, asimilado o distinto. Así lo entiende también AGUSTÍN PUENTE⁶⁷², el cual llega a afirmar que la expresión incompatible resulta absolutamente indeterminada sin que exista a este respecto referente similar en el entorno europeo. AMAYA VELASCO⁶⁷³ denomina finalidad compatible como aquella que está dotada de aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar. ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS⁶⁷⁴ considera que la finalidad legítima viene a ser el aspecto más importante en el tratamiento de los datos, sin que en ningún caso pueda utilizarse para finalidades distintas para los que se recabaron. Es de tal importancia, que una de las primeras informaciones que debe dársele al interesado a la hora de recabar sus datos personales es, precisamente, sobre la finalidad para los cuales son recabados. Esta información debe ser lo más precisa

⁶⁶⁹GUERRERO PICO, M.C., “El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución Europea” *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº. 4, 2005, págs. 242-243.

⁶⁷⁰VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Obra citada, pág. 94.

⁶⁷¹VERDAGUER LÓPEZ, J. *Prontuario de protección de datos*. Edit. CISS. Valencia. 2009, pág. 41.

⁶⁷²PUENTE ESCOBAR, A, “Reflexiones sobre la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”. *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*. Nº 35. Madrid. 2007, págs. 61-115.

⁶⁷³VELASCO GÓMEZ, A. “Los principios de la protección de datos”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Nº 35. Febrero 2007, pág. 52.

⁶⁷⁴ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J. M. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Edit. Aranzadi, 1999, pág. 31.

posible, no siendo correcta una definición o descripción vaga del objeto del tratamiento, como “fines comerciales”⁶⁷⁵.

La doctrina judicial lo ha venido entendiendo de esta manera, pudiéndose citar, por ejemplo, la sentencia de 15 de noviembre del año 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶⁷⁶, en la que se llega a decir que, “Consiguientemente, es claro que la aquí recurrente ha tratado automatizadamente los datos de la denunciante para fines distintos de aquellos para los que fueron suministrados...” Cabe observar cómo se utiliza el término “distinto” y no “incompatible”. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de julio de 2001⁶⁷⁷ incluye los términos “innecesarios” o “inadecuados”, alejándose del extremismo de la expresión “incompatibles”⁶⁷⁸.

Ya sea empleando el término “incompatible” o “distinto”, el uso indebido que se viene haciendo de los ficheros comunes, además de ser un hecho patente, en especial en el sector de la telefonía, es reconocido tanto por la doctrina como la jurisprudencia. RAMOS SUÁREZ⁶⁷⁹ se remite al fichero de impagados como fórmulas efectivas para el cobro, ya que se causan graves perjuicios al no poder solicitarse nuevos créditos, alejándose de esta forma de la finalidad legal de los ficheros de morosidad. Para HERNÁN DE VASCONCELOS⁶⁸⁰, los ficheros de solvencia patrimonial y crédito deberían restringirse a la finalidad de otorgar información crediticia a sus asociados pero, lo que ocurre en la práctica es que se utilizan como una forma extrajudicial de cobro de deuda, a través de las

⁶⁷⁵HEREDERO HIGUERAS, M. *La directiva comunitaria de protección de los datos de carácter personal; Comentario a la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/ 46/ CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Edit. Aranzadi. Pamplona. 1997, pág. 104.

⁶⁷⁶Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 15 de noviembre de 2000, recurso nº 2162/1997, ponente: Huerta Garicano, Inés María, Fundamento Jurídico Sexto.

⁶⁷⁷SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 6 de Julio de 2001, recurso nº 314/2000, ponente: Benito Moreno, Fernando Francisco, Fundamento de Derecho Cuarto “...la conducta de la entidad recurrente recabando o intentando recabar unos datos de carácter personal (en concreto los relativos a la cuenta bancaria o VISA) para su tratamiento automatizado que resultaban completamente innecesarios e inadecuados en relación con el ámbito y finalidades legítimas para las que se hayan obtenido, debe ser constitutiva de infracción (...) Y aunque los datos no llegaron a ser incorporados a los ficheros (...), ello no implica que falte el necesario tratamiento automatizado de los mismos para que se produzca el tipo sancionador.”

⁶⁷⁸La introducción del término “incompatible” obedece a la trasposición acelerada que se hizo de la Directiva 95/46, concretamente de su artículo 6.1 b) (“...in a way incompatible with...”), ya que la traducción sería, precisamente, la de incompatible Directiva 95/ 46 CE. Art. 6. 1. “Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean:.....b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas”.

⁶⁷⁹RAMOS SUÁREZ, A. Obra citada, pág. 3.

⁶⁸⁰HERNÁN DE VASCONCELOS, B. en ALBURQUERQUE DOUETTES ARAÚJO, L, “Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito: Breves comentarios a su régimen jurídico”. *Anuario de la facultad de Derecho*. Nº 25, 2007, pág. 187.

consecuencias que un registro negativo puede traer. PARRA LUCÁN⁶⁸¹ afirma que siempre será ilegítima la divulgación de estos datos cuando por el modo de producirse se aprecie una finalidad de atemorizar o coaccionar al deudor por medios vejatorios. Resulta patente cómo se desvirtúa la finalidad del fichero, prescindiéndose de la función de reciprocidad⁶⁸² y convirtiendo la conveniencia del fichero en la remisión de información y no en la obtención de de la misma.

En la jurisprudencia, también se recoge este uso como medio de cobro, distinto al de enjuiciar la solvencia económica de los interesados. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 2004⁶⁸³ afirma que “los registros de insolvencia actúan como instrumentos útiles para las entidades bancarias, al incluir en ellos a las personas que a su juicio resultan no pagadoras e incluso mal pagadoras, y sirve para comunicarse entre sí esta circunstancia que actúa como medida de advertencia, para mantener o no relaciones bancarias con los inscritos como morosos. De esta manera, la inclusión en ellos, ya desde el principio, se presenta como una actuación sancionadora en potencia, por las consecuencias de signo negativo que pueden afectar al inscrito en cuanto a sus relaciones comerciales futuras con las entidades bancarias...”.

Es decir, operan como un instrumento de presión frente al deudor para que abone su deuda. En este caso, se está vulnerando el principio de finalidad ya que están siendo usados para finalidades diferentes a las que motivaron su recogida y para la que dichos ficheros fueron creados. En este sentido, cabe mencionar las sentencias del Tribunal Supremo, como la de 1 de julio de 2004⁶⁸⁴, la cual recoge la doctrina (como más significativas las sentencias de 30 de diciembre de 1995⁶⁸⁵ y de 2 de abril de 2001⁶⁸⁶), según la cual siempre será ilegítima la divulgación de

⁶⁸¹PARRA LUCÁN, M.A. Obra citada, pág. 20.

⁶⁸²El principio de reciprocidad o de doble circulación, tal y como se expuso en anteriores apartados, tiene su fundamento en que una entidad cede sus datos siendo realmente la finalidad él tener derecho a recibir información para nuevas contrataciones en curso.

⁶⁸³STS, Sala Primera, de lo Civil, 5 de Julio de 2004, recurso 4527/1999, ponente: Villagómez Rodil, Alfonso. Nº de sentencia: 660/2004. Fundamento Jurídico Primero.

⁶⁸⁴STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de Julio de 2004, recurso 4393/2000, ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. Fundamento Jurídico Primero.

⁶⁸⁵STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de Diciembre de 1995, rec. 2003/1992, ponente: Almagro Nosete, José, Fundamento de Derecho Cuarto, “es lo cierto que la forma de manifestarse la voluntad de la empresa reclamante no deja lugar a dudas por mucho que sea el deber del silencio del cartero, sobre su intencionalidad de provocar eventualmente entre los convecinos --no se olvide que en la práctica suele ser el portero quien se encarga de distribuir la correspondencia por los buzones interiores--, el rumor sobre la morosidad del destinatario de la misiva, circunstancia que al margen de su certeza, por el hecho mismo de que pueda producirse la divulgación tiene por fin atemorizar y coaccionar al deudor por medios vejatorios para que pague la cantidad que se reclama”.

⁶⁸⁶La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de Abril de 2001, recurso nº 997/1996, ponente: González Poveda, Pedro, dispone en su Fundamento de Derecho Segundo que “por muy deseable que sea la existencia de medios extrajudiciales para la efectividad de los derechos de crédito que se ostenten frente a terceros, ello no permite sustituir la fuerza coactiva de los Poderes Públicos por actuaciones privadas que atentan a la dignidad de las personas o invadan su intimidad. En el caso, es evidente el ánimo coactivo

esos datos (por atentatoria al honor del afectado), cuando por el modo de producirse se aprecie una finalidad de atemorizar o coaccionar al deudor por medios vejatorios para que pague la cantidad que se reclama. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2004⁶⁸⁷, recoge un supuesto de una inclusión en un fichero sobre deuda no cierta, afirmándose que constituía una intromisión ilegítima al derecho al honor. La sentencia hace constar literalmente que esta forma de operar constituye una “práctica habitual que resulta abusiva y arbitraria”. Sentencias como las de la Audiencia Nacional de fechas 10 de junio de 2011⁶⁸⁸, 11 de marzo de 2011⁶⁸⁹, 19 de mayo de 2011⁶⁹⁰, 4 de marzo de 2011⁶⁹¹, etc. y por todas la de 20 de abril de 2006⁶⁹², establecen que "... aquel que utiliza un medio extraordinario de cobro como es el de la anotación de la deuda en un registro de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (exactitud el dato) y formales (requerimiento previo) que permitan el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar esta exigencia supondría, por lo contrario, utilizar este medio de presión al recurrente sin el suficiente aseguramiento de las mínimas garantías para los titulares de los datos que son anotados en los registros de morosos."

No se comparte la postura de admitir la anotación en los ficheros de morosidad como un medio de presión extraordinario de cobro ya que, con independencia de que la anotación en un fichero común pueda acarrear este resultado, la finalidad, tal y como se ha expuesto, no es ésta, sino el tener derecho a hacer futuras consultas sobre otras personas peticionarias de un crédito, por ejemplo. Si se entiende que una anotación en un fichero de esta índole se lleva a cabo como instrumento para el cobro, dicho tratamiento de datos se apartaría lo dispuesto en el artículo 4. a) 2 de la LOPD, por lo que cabría dejar sin efecto dicha

que presidió la actuación de los empleados de la recurrente, tendente a que las personas que se encontraban presentes en el establecimiento y los vecinos de los demandantes tuvieran conocimiento de la presunta morosidad de los recurridos. No pueden quedar justificadas por los usos sociales y menos aún por la ley, conductas como las descritas que tienen un evidente carácter intimidante o vejatorio. Por todo ello procede la desestimación del motivo único del recurso”.

⁶⁸⁷STS, Sala 1ª, de 5 de julio de 2004, recurso 4527/1999, ponente Villagómez Rodil, Alfonso. Esta consideración ha sido contemplada en las sentencias de Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, de 24 de abril de 2009, nº 284/2009, recurso nº 2221/2002, ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier, SAP de Madrid, sección 19ª, de 23 de abril de 2009, recurso nº 110/2009, ponente Díaz Méndez, Nicolás, SAP de Málaga, sección 4ª, de 19 de julio de 2012, recurso nº 1300/2011, ponente Torres Cuéllar, Mª José y SAP de Baleares, sección 3ª, de 15 de septiembre de 2011, recurso nº 289/2011, ponente Moragues Vidal, Catalina,

⁶⁸⁸SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Junio de 2011, recurso 306/2010 ponente: Veiga Nicole, Elisa.

⁶⁸⁹SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 11 de Marzo de 2011, recurso 483/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa.

⁶⁹⁰SAN, Sala de lo Córdoba Castroverde, Diego.

⁶⁹¹SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, 4 de Marzo de 2011, recurso 736/2009, ponente: Veiga Nicole, Elisa.

⁶⁹²SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 20 de Abril de 2006, recurso 555/2004, ponente: Guerrero Zaplana, José.

transmisión, con independencia de la apertura de un posible expediente sancionador. Al titular del fichero común no se le escapa que sus clientes hacen uso de su fichero con esta única finalidad, ya que empresas como las de telefonía ceden una gran cantidad de datos personales a su fichero que no guardan relación con las consultas que se hacen para clientes en ciernes. Esta situación se viene utilizando maliciosamente por acreedores, más concretamente por grandes compañías. Bajo la cobertura del citado art. 29 LOPD ejercen sobre un hipotético deudor una auténtica presión coactiva, al incluirle de forma unilateral y arbitraria en un fichero de “morosos”, con los consiguientes perjuicios colaterales que pudiera originar.

En nada tiene que ver enjuiciar la solvencia económica ó facilitar información sobre riesgos de crédito con ejercer un medio de presión para la obtención de un pago. Como se ha visto, esta última finalidad es abiertamente aceptada y expuesta por la jurisprudencia. Por tanto, cabe afirmar que, tal cual se están utilizando las bases de datos sobre morosidad, se llevan a cabo faltando al principio de calidad de los datos, es decir, se están usando de forma ilegal, una vez más. No puede justificarse la existencia de los ficheros de morosidad aplicando una finalidad distinta para la que se constituyen, tal y como está sucediendo.

No obstante lo anterior, resulta necesario hacer mención a la reciente sentencia dictada por el Tribunal supremo de fecha a 6 de marzo del 2013. En esta sentencia se aprecia un cambio en la tendencia jurisprudencial al establecerse de manera expresa que no puede cederse un dato a un fichero de morosidad si no responde a la finalidad prevista en el art. 29 LOPD, es decir, valorar la solvencia económica del titular del dato⁶⁹³. Se añade que la información cedida debe ser útil para tal fin apreciándose, en el caso de autos, que el dato cedido no se cedió para enjuiciar la solvencia patrimonial sino para ejercer un medio de presión para obtener su cobro. En concreto, se llega a decir 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 reclaman⁶⁹⁴”. Por tanto, se advierte cómo ya no se da por sentado que un fichero de morosidad pueda servir como un medio para el cobro de las deudas,

⁶⁹³ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 6 marzo de 2013, Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁹⁴ STS, de 6 de marzo de 2013, citada. Fundamento Jurídico Quinto.

de tal manera que previamente a determinar la certeza de la deuda deberá de probarse que la información cedida es útil para valorar la capacidad económica del titular, no siéndolo, como en el presente caso, una deuda de escasa cuantía que además se encontraba discutida.

4.4.- JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Los registros de morosos comprendían una de las actividades prohibidas contempladas en el artículo 1 de la derogada Ley 16/ 89 de Defensa de la Competencia (LDC) ⁶⁹⁵, exigiéndose la autorización singular contemplada en su artículo 4⁶⁹⁶ si querían operar en el mercado, amparándose en alguno de los supuestos de su artículo 3. Entre estos supuestos, cabe destacar los de contribuir a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios y promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. Resulta procedente invocar la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 8 de febrero de 2005⁶⁹⁷, la cual considera los registros de morosos como una forma de concertación entre empresarios de un mismo sector para transmitirse información sobre sus clientes, que puede servir para condicionar su estrategia comercial, por lo que su constitución se encuentra entre las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC. Pero también considera este Tribunal que los registros de morosos pueden cumplir una función de saneamiento y clarificación del tráfico mercantil contribuyendo a mejorar la producción o la comercialización de bienes o servicios, por lo que son susceptibles de autorización al amparo del artículo 3 de la LDC. Cabe decir que, prácticamente en todas las ocasiones en que se le ha

⁶⁹⁵Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE 18 Julio, derogada por el número 1 de la disposición derogatoria de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE 4 de julio, el 1 de septiembre de 2007.

⁶⁹⁶Art. 4 Ley 16/ 1989. “Autorizaciones singulares por el Tribunal. 1. El TDC podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3”.

⁶⁹⁷TDC, Pleno, Resolución de 8 de Febrero de 2005, recurso nº 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio, Fundamento Jurídico Décimo.

solicitado una autorización singular, ha sido concedida, aunque sujetándola al cumplimiento de ciertos requisitos⁶⁹⁸.

- *Resolución del TDC de fecha 8 de febrero de 2005.*

Se analiza esta resolución de forma independiente porque contempla un supuesto que guarda estrecha relación con el contenido de este trabajo. En la misma se procede a cancelar la autorización al RAI para seguir ejerciendo su actividad al no adoptar la condición del deber de comunicar al resto de empresas que desarrollan una actividad análoga a la suya, la información y datos de los que disponen. Se invoca, a estos efectos, el art. 1 de la ley de Defensa de Competencia⁶⁹⁹ (derogada), al entender que esta entidad se encuentra en situación de privilegio y ventaja respecto a las demás. En consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia llegó a obligar al RAI a ceder datos de carácter personal a terceras empresas, no adheridas, sin responder al principio de reciprocidad y sin el consentimiento de sus titulares.

Mostramos nuestra disconformidad con esta obligación, ya que el artículo 29 LOPD sólo consiente la cesión por parte del acreedor (o quien actúe por su cuenta o interés) a la entidad de información patrimonial, e implícitamente esta a su asociados, pero no al resto de los ficheros de morosos. La exigencia esgrimida por el TDC al RAI de ceder sus datos a todas las empresas sobre solvencia patrimonial y crédito, provoca cuatro líneas de cesión de información posibles. Del acreedor al Banco, de este al RAI, del RAI a todas las EISPs y de estas a todos sus asociados. Por todo ello, es fácil pensar que una vez cedidos los datos sería muy difícil, si no imposible, rectificarlos o cancelarlos en todos los ficheros en los que pudieran estar insertos. Es por esta razón, fundamentalmente, por la que venimos a indicar la importancia de delimitar con escurpulosidad el tratamiento del concepto de deuda cierta para que esta pueda ser objeto de cesión a unas determinadas personas especificadas en el artículo 29 LOPD, y no a otras. Por tal motivo, se está infringiendo el artículo 11.1 sobre cesión de datos

⁶⁹⁸ÉCIJA BERNAL, A. Obra citada, págs. 560-561.

⁶⁹⁹Art. 1 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2007). "Conductas prohibidas. 1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: ...La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros."

personales⁷⁰⁰, faltando el requisito del consentimiento del titular de los datos y encontrándonos fuera de los supuestos en que no es necesario.

El TDC, en la resolución, considera que ambas leyes (LOPD y LDC) son conciliables si se adoptan las medidas necesarias⁷⁰¹. Nada se dice de cuáles son las medidas necesarias que harían conciliables este aspecto de la Ley de Defensa de la Competencia y la LOPD. En el fundamento jurídico decimocuarto, el Tribunal considera que el análisis de la compatibilidad del RAI con la LOPD es una materia fuera de su competencia”, pero pone de relieve que el fichero ha venido funcionando hasta ahora sin que la Agencia de Protección de Datos haya cuestionado su legalidad. Esta consideración carece de rigor científico ya que el hecho de que no se haya cuestionado su legalidad, no quiere decir que el funcionamiento que ahora se propone sea legal. En nuestra opinión, la ilegalidad es patente, al imponerse una exigencia que desvía al fichero de su operativa tradicional, exigiendo una cesión de datos sin consentimiento del titular de los datos, y sin que se invoque un solo precepto de la LOPD que permita esta concreta cesión. Resulta evidente cómo el TDC se sale por la tangente o, simplemente desconoce el contenido y alcance de la LOPD, faltando al principio de *iura novit curia*; no es aceptable que no cuestione la legalidad de sus actuaciones sobre la base de que no ha habido denuncia por parte de la AGPD. Lo que resulta evidente es que el TDC no tiene intención de entrar a valorar la LOPD. Teniendo en cuenta el carácter de derecho fundamental de la protección de datos, resulta de aplicación el artículo 53 de la CE, el cual establece que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Por tanto, no cabe hacer dejación del estudio y aplicación de la LOPD alegando que es una materia fuera de su competencia, pudiéndose haber optado por alguna de estas posibilidades:

- Plantear una cuestión de competencia al amparo de lo previsto en los artículos 42 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁰².

⁷⁰⁰Art 11. LOPD “Comunicación de datos, 1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

⁷⁰¹TDC, Pleno, Resolución de 8 Feb. 2005, recurso 335/2003, ponente: Conde Fernández-Oliva, Emilio FJ Decimotercero.

⁷⁰²Art. 42 LOPJ “Los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. Actuará como Secretario de esta Sala especial el de Gobierno del Tribunal Supremo. Art. 43. Los conflictos de competencia, tanto positivos como negativos, podrán ser promovidos de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo”.

- Inhibirse a favor de la Agencia de Protección de Datos.
- Suspender el procedimiento recabando de la AGPD la elaboración de un informe jurídico sobre esta concreta cuestión. Esta situación está contemplada en la vigente LDC⁷⁰³ en sentido inverso, pudiendo suspenderse un proceso civil cuando el juez competente considere necesario conocer el pronunciamiento administrativo para dictar una sentencia definitiva en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia, como *amicus curiae*, para permitir la adecuada cooperación de los órganos administrativos con los judiciales. Estos informes jurídicos son un objetivo de la Agencia Española de Protección de Datos para atender todas las cuestiones que se plantean relacionadas con el derecho a la protección de datos⁷⁰⁴. En cualquier caso, la obligación de cooperar entre diferentes órganos judiciales queda contemplada en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁰⁵.

Nada de esto se ha hecho, entrando el TDC de lleno en una materia referida al campo de la protección de datos sin la más mínima referencia hacia la misma. Resulta indiscutible como, no sólo no se entra a valorar si se cumple o no la LOPD sino que, además, esa inobservancia causa perjuicios al consumidor, como en otras situaciones expuestas, intentándose primar al sector empresarial, ya sea de forma directa o indirecta a través de empresas que la ayudan a tomar decisiones.

Si considerásemos que existe una aparente contradicción normativa entre la LDC y la LOPD, cabría plantearse la existencia de un conflicto de leyes. Entendemos que no existiría, porque la LOPD es de rango superior a la LDC, (ley ordinaria), con lo que esta última no puede contradecirla por el principio de jerarquía normativa establecida en el art. 9.3 de la C.E.⁷⁰⁶; por lo tanto, su aplicación en ningún caso podrá contravenir el tenor de aquella, extremo que aquí sucede al imponer la cesión de unos datos a terceras personas sin consentimiento del afectado lejos del supuesto del art. 29 de la LOPD. En la disposición final segunda de la LOPD⁷⁰⁷ se hace constar que el art. 29 no tiene carácter de ley

⁷⁰³Exposición de motivos apartado II. LDC.

⁷⁰⁴Página Web oficial de la Agencia de Protección de datos. www.agpd.es.

⁷⁰⁵Art. 273 LOPJ “Los Jueces y Tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

⁷⁰⁶Art. 9. 3 CE. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

⁷⁰⁷Disposición final segunda LOPD “Preceptos con carácter de Ley ordinaria. Los Títulos IV, VI excepto el último inciso del párrafo 4 del artículo 36 y VII de la presente Ley, la disposición adicional cuarta, la disposición transitoria primera y la final primera tienen el carácter de Ley ordinaria”.

orgánica sino ordinaria, pero también es cierto que dicho carácter de ley orgánica lo tiene todo lo relativo a la cesión de los datos, por lo que habrá de estar, en consecuencia, a esta consideración de ley orgánica en su más amplio alcance. Por otro lado, y tal y como se ha expuesto, el derecho a la protección de datos personales tiene el carácter de derecho fundamental, debiéndose regular mediante ley orgánica⁷⁰⁸. Realmente, las contradicciones no están tanto en la norma como en la aplicación que el TDC hace de la LDC, que sobre la base de esta incumple la LOPD, a pesar de que el TDC opine que el otorgamiento de la oportuna licencia operativa no quiere decir que exista intromisión en la labor y competencias de la AGPD. Sin embargo, el Tribunal llega a manifestar que “para despejar posibles dudas sobre el ámbito de aplicación de la Ley 15/ 1999, de 17 de julio, de la LOPD, este Tribunal considera necesario hacer constar que su autorización contempla exclusivamente los efectos que los registros morosos puedan ejercer sobre el mercado afectado y no se extiende, por tanto, al cumplimiento de las condiciones generales o especiales que la L.O. exige y que deban ser cumplidas, además de la preceptiva autorización. El examen sobre esta adecuación es encomendada por la propia Ley a un órgano específico, la Agencia de Protección de Datos⁷⁰⁹”.

Con posterioridad a la sentencia de 8 de febrero de 2005 del TDC, se pidió por parte del gestor del RAI, el Centro de Cooperación Interbancaria (CCI), que se autorizasen las actividades del fichero. Ante esta situación, el Servicio de Defensa de la Competencia decidió el 14 de Marzo de 2005 tramitar la solicitud y esperar a que el Juzgado se pronunciase sobre el cierre del RAI para acometer o no la vigilancia de esa orden. La solicitud tenía su fundamento en el hecho de que el organismo gestor del RAI recurrió en suplicación ante la Audiencia Nacional y en tanto dicho tribunal no se pronunciase al respecto, se solicitaba la suspensión de las medidas impuestas por el TDC.

Mediante Auto Judicial de fecha 26 de julio de 2005 dictado por la sección Sexta de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se consideró que “no ha lugar” a la suspensión de la ejecución de la Sentencia del TDC, fundamentándose por la no acreditación de los perjuicios y costes que causaría el no funcionamiento de este registro y el reinicio de sus actividades. Y en virtud de

⁷⁰⁸Art. 81. 1 CE. “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”

⁷⁰⁹TDC, Pleno, Resolución de 1 de Febrero de 1996, recurso nº 156/1995, ponente: Alonso Soto, Ricardo. Fundamento de Derecho 5.

sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 27 de septiembre de 2007⁷¹⁰ se desestima el recurso planteado por el responsable del RAI.

Ante esta situación, no cabía más posibilidad que la clausura del RAI, motivo por el cual, el CCI, una vez notificado el Auto, se decidió aplicar y asumir la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, pero con fecha 19 de mayo de 2006, se aprobó por Real Decreto el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad. Este RD tiene por finalidad exonerar de la obtención de la autorización previa que el TDC debe otorgar al amparo de lo previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta autorización es la que se denegó al RAI para seguir operando por lo que, bajo el paraguas del artículo 5⁷¹¹ de la referida ley, en determinados sectores, como en el que nos ocupa, ya no es preciso obtener autorización previa por parte del TDC. Con este Reglamento, al RAI ya no le es necesario obtener la autorización cuya denegación casi le lleva al cierre. No es objeto de este trabajo estimar si existe o no alguna relación entre ambos extremos, por no resultar científicas y objetivas mayores consideraciones que las llevadas a cabo. Lo que sí es cierto es que, una vez más, surgen novedades legislativas en beneficio del empresario y, por consiguiente, en detrimento del consumidor, que verá cómo se crean ficheros que recopilen sus datos personales con mayor facilidad, tanto a la hora de su creación como al ceder los datos a otras entidades.

En esta línea legislativa favorecedora a los intereses empresariales, cabe mencionar la nueva ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007⁷¹². A través de lo dispuesto en su artículo 3.1, se deja sin efecto la prohibición de llevar a cabo conductas colusorias, entre las que se encuentran las relativa a los ficheros de morosidad⁷¹³, siempre y cuando los acuerdos, decisiones, recomendaciones y

⁷¹⁰SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 27 de septiembre de 2007, recurso 112/2005, ponente Riego Valledor, José María del.

⁷¹¹Art. 5 Ley 16/ 1989 “Exenciones por categorías. 1. Mediante Reglamentos de exención, en cuya elaboración informará preceptivamente el TDC, el Gobierno podrá autorizar las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas previstas en el artículo 3.1, cuando: a) Participen dos o más empresas e impongan restricciones en la distribución y/o suministro de determinados bienes o servicios para su venta o reventa, o en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de conocimientos secretos industriales o comerciales, o b) Tengan únicamente por objeto la elaboración y aplicación uniforme de normas o tipos, o la especialización en la fabricación de determinados productos, o la investigación y el desarrollo en común, o c) Tengan por objeto o efecto aumentar la racionalidad y competitividad de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas”.

⁷¹²Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE 4 de julio.

⁷¹³La resolución del Tribunal de Defensa la Competencia de 2 de abril de 1997, los registros de morosos tiene vocación sectorial constituyendo una forma de concertación entre empresarios para transmitirse información sobre sus clientes que en cuanto pueda servir para establecer su estrategia comercial frente a estos quedan incluidos en el artículo uno de la ley de defensa la competencia, por lo que precisara consecuentemente de la utilización del Tribunal de Defensa la Competencia.

prácticas, contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna. Sobre la consideración por parte del TDC de la contribución positiva de este tipo de ficheros se hace remisión a lo dicho al respecto⁷¹⁴.

Igual tendencia cabe apreciar desde el punto de vista jurisprudencial incluso en sentencias anteriores a la nueva Ley. En Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 3 de noviembre de 1999⁷¹⁵, se hace constar que “no obstante, la experiencia acumulada en un número creciente de tales registros permite poner en contexto esa apreciación inicialmente negativa y concluir que la probabilidad de colusión no resulta tan elevada como inicialmente se había estimado. En particular, el hecho de que un determinado foro entrañe un cierto potencial de colusión no implica que dicho potencial tenga necesariamente que materializarse, por lo que no parece prudente proscribir todas las circunstancias que, de alguna forma, pudieran eventualmente dar lugar a una colusión. Esta actitud más tolerante exige, naturalmente, que las autoridades de competencia se mantengan particularmente vigilantes con el fin de sancionar cualquier actuación en que esa posibilidad de colusión llegara a materializarse. En otras palabras, las condiciones de competencia no son las mismas antes o después de que un sector de actividad económica haya establecido un registro de morosos: las posibilidades de respuestas homogéneas o de respuestas colectivas a actuaciones de un cliente son mucho más probables, por ejemplo”

El TDC justifica la existencia de los ficheros de morosidad por beneficiar de una manera directa a los consumidores aunque estas ventajas han sido desmentidas por la Audiencia Nacional. En cualquier caso, todos los ficheros que lo han solicitado han sido legalizados. Cabe decir que se han llegado a contabilizar más de tres mil registros de solvencia patrimonial y crédito y que, en principio, todos ellos tienen derecho a tener los datos de cualquiera de ellos, como así obliga el TDC. Bajo nuestro punto de vista, se trata de una situación fuera de control amparada además legalmente por un órgano judicial como lo es el Tribunal de Defensa de la Competencia⁷¹⁶. En la Memoria publicada por AGPD relativa al ejercicio de 1998, se dice que en este tipo de ficheros, “en algunos casos, se realiza de un modo en que la entidad contratante dispone, en sus equipos

⁷¹⁴TDC, Pleno, Resolución de 8 de Febrero de 2005 Fundamento Jurídico Décimo.

⁷¹⁵TDC Resolución DE 3 de noviembre de 1999, expediente A 239/98, Crédito Asnef –Equifax.

⁷¹⁶Dicho dato es recogido en la Memoria anual publicada por la AGPD referida al ejercicio de 1.999 donde se hace constar, y se cita literalmente, que “si bien el sector económico dedicado a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito está sufriendo en los últimos tiempos un fenómeno de concentración que permite optimizar los servicios que ofrecen, el total de ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia en los que conste como alguna de sus finalidades la evaluación de solvencia patrimonial es aún y con todo elevado: aproximadamente 3.000...”

informáticos, de una copia de la totalidad, o parte, del fichero de información de solvencia patrimonial. Sin embargo, en ninguna de las entidades inspeccionadas se constató que esta cesión se notifique a los afectados. Es más, en la mayoría de los casos, al contestar el ejercicio del derecho de acceso realizado por los afectados no se informa de la totalidad de las entidades a las que se han facilitado datos relativos a su persona”.

Ya no solamente no es preciso contar con una autorización previa para constituir un fichero de solvencia patrimonial, sino que incluso la jurisprudencia cambia su orientación hacia la consideración de que su actividad no es contraria al derecho de la competencia. Por este motivo, cada vez es más fácil crear uno de estos ficheros, teniéndose derecho a obtener todos los datos de morosidad de los que disponga el RAI, contraviniendo la LOPD y obteniéndose un lucro sobre un bien propiedad de un tercero (el titular de los datos) que, lejos de percibir alguna ventaja, se ve claramente perjudicado.

CAPÍTULO 5
5.- EL DATO PERSONAL COMO
BIEN PATRIMONIAL

CAPÍTULO 5

EL DATO PERSONAL COMO BIEN PATRIMONIAL

Hasta ahora se ha contemplado el incumplimiento del art. 29 de la LOPD como causante de perjuicios al titular los datos, tanto de orden moral como patrimonial, con el agravante de que la protección de dichos datos tiene la consideración de un derecho fundamental. Pero la situación cobra, desde nuestro punto de vista, más importancia si cabe, si tenemos en cuenta que el dato personal tiene un contenido patrimonial en sí mismo y que, además, ese dato pertenece en exclusiva al titular al que van referidos.

Estas dos cuestiones se derivan del análisis de su concepto y naturaleza jurídica.

5.1.- DEFINICIÓN Y ASPECTOS GENERALES

La LOPD⁷¹⁷ define el dato personal como "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables⁷¹⁸". El Reglamento nos ofrece una definición más exhaustiva, entendiendo por dato personal "cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables⁷¹⁹". La Directiva 95/46⁷²⁰ sobre protección de datos personales, en su artículo 2.a) define dato personal como "toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará inidentificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

⁷¹⁷Art 3 a).LOPD.

⁷¹⁸Cabe destacar la amplitud de la definición, tal y como se contempla en la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2011, recurso nº 95/2010, ponente: Guerrero Zaplana, José. Fundamento Jurídico Tercero, AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de Mayo de 2009, recurso nº 514/2007, ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes, fundamento Jurídico Sexto, AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 1 de Octubre de 2008, recurso nº 2/2007, ponente: Guerrero Zaplana, José, fundamento jurídico cuarto, AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 24 de Enero de 2003, recurso nº 400/2001, ponente: Calvo Rojas, Eduardo, fundamento jurídico segundo.

⁷¹⁹Art. 5. 1. g).RDLOPD.

⁷²⁰Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El término “información” puede utilizarse en dos sentidos distintos. En primer lugar, si consideramos que el dato personal no es la propia circunstancia a la que se refiere, sino el reflejo de dicha información, información que puede plasmarse tanto por escrito, en un fichero automatizado ó en cualquier otro medio (fotografía, video etc.). Por ejemplo, la edad de una persona, en sí misma considerada, no sería un dato personal. Si la edad se plasmase en un archivo, sí estaríamos en presencia de un dato personal. Esta interpretación parece acogerse en la propia LOPD en la que en su artículo 3º se prevé que los datos pueden ser objeto de cesión⁷²¹. Resulta lógico deducir que si se prevé la posibilidad de que una persona distinta al titular pueda ceder sus datos personales, se equipara el dato personal a la información reflejada en un fichero. Si se considerase el dato personal como algo inherente e inseparable de la persona, no podría hablarse de cesión.

Desde otro punto de vista, el dato personal sería la propia circunstancia de la persona, con independencia de si la información sobre el mismo es difundida o no. Es decir, resulta independiente para la existencia del dato personal si forma parte de un fichero automatizado de datos ó si se encuentra inserto en algún soporte. Una fotografía, por ejemplo, no es un dato en sí mismo, sino que es el soporte físico donde se contiene uno o multitud de datos personales. Esta es la postura que consideramos correcta ya que el dato personal se encuentra en el contenido y no en el continente. La persona, al fin y al cabo, está constituida por un conjunto prácticamente ilimitado de datos personales. Ceder un dato personal sería tanto como entregar una parte de ella misma.

Respecto al término “identificable” contenido en la definición, un dato personal tiene tal consideración tanto de forma independiente como aparejado a otros datos personales⁷²².

5.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DATO PERSONAL

⁷²¹Art. 3, c LOPD “Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

⁷²²La sentencia de AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 17 de Septiembre de 2008, recurso nº 353/2007, ponente: Veiga Nicole, Elisa, en su fundamento jurídico cuarto, contempla un supuesto de no inclusión del teléfono móvil en el concepto de dato de carácter personal, al no ser posible la identificación de su titular a partir de dicho número, de forma que el citado número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal.

La LOPD no hace ninguna referencia a este tema. La protección jurídica del dato personal se ha observado, tradicionalmente, desde el punto de vista del individuo frente a la administración, (esfera del derecho público), pero interesa al desarrollo del trabajo la defensa de los datos personales frente a otras personas en el campo del derecho privado. El concepto de dato personal y su propiedad puede resultar difuso sobre todo porque cuando se legisla sobre esta materia se lleva a cabo desde el prisma de su protección, sin que se nos diga qué son, jurídicamente hablando. DEL CASTILLO VÁZQUEZ⁷²³, entiende que es en la propia Directiva 95/46 donde el dato personal es contemplado como de propiedad del titular y de quien lo posea⁷²⁴.

No cabe duda que los datos personales son, al menos, un derecho de toda persona. Es más, algunos datos, como el nombre, hay obligación de tenerlos, por motivos de orden público. La ley del Registro Civil⁷²⁵, en su artículo 24, dispone la obligación de inscribir los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley⁷²⁶. Existen datos que son adquiridos en el desarrollo de la vida del individuo como consecuencia de actos de voluntad, pero otros nos vienen impuestos desde el nacimiento como definitorios de nuestra persona, de manera irrenunciable e imprescriptible, como puede ser el caso de la edad. Es un hecho incontrovertido que no es posible desprenderse de ese dato y transmitirlo a un tercero. Nos guste o no, siempre tendremos la edad resultante de restar al día presente nuestra fecha de nacimiento, pero otra cosa es que permitamos que un tercero use la información referida a nuestra edad.

Aspecto determinante a la hora de entender el concepto de dato personal es el de separar la titularidad del dato de su uso. La LOPD confunde ambos conceptos. Al definir el tratamiento de datos se llega a decir "... así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias⁷²⁷". A nuestro juicio, se insiste, el dato no se puede ceder porque forma parte de la esfera personal de su titular. Lo que sí se podrá ceder es el uso de la información

⁷²³DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. Obra citada, pág. 89.

⁷²⁴Obsérvese la siguiente expresión contenida en la Directiva 95/ 46, "(25) ...y, por otra parte, en los derechos otorgados a las personas cuyos datos sean objeto de ..."

⁷²⁵Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, BOE 10 de Junio.

⁷²⁶Existe obligación de inscribir los hechos contemplados en el art. 1 del Ley del Registro Civil, en concreto, "en el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley. Constituyen, por tanto, su objeto: 1.º El nacimiento. 2.º La filiación. 3.º El nombre y apellidos. 4.º La emancipación y habilitación de edad. 5.º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos. 6.º Las declaraciones de ausencia o fallecimiento. 7.º La nacionalidad y vecindad. 8.º La patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley. 9.º El matrimonio. 10.º La defunción."

⁷²⁷Art. 3 LOPD. Definiciones. "A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por: c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias."

referente a dicho dato. Se llega a tal conclusión al afirmar que el dato personal es un bien, resultando de aplicación el artículo 333 del C.c. (libro segundo de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones) donde se determina que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles, por lo que habría que preguntarse en primer lugar si un dato personal tiene o no la catalogación de “cosa”. El diccionario de la Real Academia de la Lengua nos define “cosa” como, 1, todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta y, 2, bien. En consecuencia, nada impide calificar como “cosas” a los datos personales y también como bien⁷²⁸. La doctrina lo entiende de igual manera. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ⁷²⁹ define “bienes”, en referencia directa al art. 333 del C.c. como todas las cosas que pueden ser susceptibles de apropiación, concepto que incluye todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorpóras, susceptibles de adquisición o transmisión. Para CABANELLAS⁷³⁰ el “bien”, dentro del campo estrictamente jurídico, es aquella cosa que puede ser objeto de apropiación o base de un derecho. Este último autor, en otras de sus obras⁷³¹, contempla los “bienes” como aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan, y desde el punto de vista jurídico, son bienes todas aquellas cosas, corporales o no, que pueden constituir objeto de una relación jurídica. Así lo ha contemplado la jurisprudencia desde muy antiguo, pudiéndose citar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1890⁷³², en la que se hace constar que la aceptación genérica de la palabra bienes comprende todas las cosas de que los hombres se sirven o se ayudan: muebles y raíces, corporales e incorpóras, fungibles o no fungibles. Por tanto, el dato personal tiene la consideración de “bien”, propiedad de su titular, susceptible de apropiación y adquisición, siendo su base el derecho a la protección de los datos y constituyendo objeto de relaciones jurídicas. Siguiendo la clásica catalogación de CASTÁN⁷³³, podemos decir que el dato personal es un bien incorpóral, específico, no fungible, no consumible, presente, divisible e indivisible (en función de si su división genera disociación), presente, mueble, registrable,

⁷²⁸Diccionario RAE.- cosa. (Del lat. *causa*.)” 1. f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. 2. f. Objeto inanimado, por oposición a ser viviente. 3. f. nada. U. con neg. No valer cosa 4. f. Asunto, tema o negocio. 5. f. *Der.* En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas. En el régimen de esclavitud el esclavo era una cosa. 6. f. *Der.* Objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales. 7. f. *Der.* bien.”

⁷²⁹FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. *Diccionario Jurídico*. Edit. Aranzadi, pág. 119.

⁷³⁰CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Edit. Heliasta. 18ª edición, págs. 477-478.

⁷³¹CABANELLAS, G. *Diccionario de Derecho Usual*. Edit. Santillana. Madrid 1963, pág. 270.

⁷³²Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 4 de diciembre de 1890, ponente: D. Ricardo Gullón. Considerando Primero. La redacción literal es “...no solo porque en la acepción genérica de la `palabra bienes se comprenden todas las cosas de que los *omes* se sirven é se ayudan, muebles y raíces, corporales e incorpóras, fungibles y no fungibles ...”

⁷³³CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, común y foral*. Edit. Reus. Madrid. 2007, pág. 549.

singular, no apropiable, *in commercium*, particular y de dominio privado con contenido patrimonial. Pero, de todas sus acepciones, la que más le identifica es la de su carácter personalísimo, e inherente a la persona titular de los datos.

5.3.- LA PROPIEDAD DEL DATO PERSONAL

Una vez sentado que los datos personales son bienes, procede determinar su propiedad. La LOPD no adjudica la propiedad de los datos a favor de la persona física de una manera expresa, utilizándose en su lugar el término “titularidad”. La RAE⁷³⁴ define titularidad como “propiedad de algo legalmente reconocido”. Para el profesor DIEZ PICAZO⁷³⁵, si los terceros vienen obligados a respetar nuestra esfera personal es porque, ni más ni menos, es nuestra, teniendo un dominio y poder de disposición sobre la misma. Por lo tanto, podemos equiparar el concepto de titularidad de los datos personales con el de “propietario”, resultando que la persona a la que van referidos es su dueña, al pertenecer a su esfera personal. Así lo entiende DAVARA RODRÍGUEZ⁷³⁶, al afirmar que los datos pertenecen a sus titulares y no a quien los maneje.

En sentido contrario, RUIZ CARRILLO⁷³⁷ afirma que un dato personal tiene tantos dueños como agentes que ostentan legitimidad para tratarlos, teniendo la consideración de titulares de los datos personales aquellas personas que tengan consentimiento del titular, expreso ó tácito, para el tratamiento de dichos datos. No podemos sino mostrar desacuerdo ante tal consideración. La situación descrita es, en realidad, la de una comunidad de bienes contemplada en el art. 392 del C.c.⁷³⁸. Sin embargo, al amparo de lo dispuesto en el art. 6.3 de la LOPD puede revocarse el consentimiento prestado⁷³⁹. El “dueño”, que hasta entonces sí

⁷³⁴Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. 2001, pág. 2.184.

⁷³⁵DIEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A *Sistemas de derecho civil*, Volumen I, Quinta edición, Edit. TECNOS: Madrid, 1984, pág. 339.

⁷³⁶DAVARA RODRÍGUEZ, M A. *El abogado y la protección de datos*. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, pág. 24.

⁷³⁷RUIZ CARRILLO, A. *Los Datos de Carácter Personal*. Edit. Bosch. Madrid 1999, pág. 44.

⁷³⁸Código civil. Art. 392. “Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”.

⁷³⁹Art. 6 LOPD “1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. 3. El consentimiento a que se refiere el artículo

tenía consentimiento, según esta teoría, quedaría sin propiedad por la decisión unilateral de uno de los codueños. Ante esta situación, no puede hablarse de una comunidad con diferentes rangos de derechos de propiedad sobre el bien compartido⁷⁴⁰. Si esto fuera posible, se chocaría frontalmente con el contenido del art. 349 C.C. según el cual “nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado”. En consecuencia, difícilmente podríamos hablar de la existencia de tantos propietarios como legitimados en el uso de datos personales. Desde nuestro punto de vista, se insiste, el titular o dueño de los datos es solo uno (la persona a la que van referidos), teniendo éste la facultad de consentir el uso de la información de sus datos a terceras personas, sin que por este motivo adquieran la propiedad de dichos datos. Esta consideración queda ratificada en la LOPD al contemplar cuatro personas que pueden llegar a intervenir en el ámbito de los datos de carácter personal, que son el interesado o titular (ya visto), el responsable del fichero, el responsable del tratamiento y el encargado de tratamiento. Cabe decir que a estos tres últimos, en ningún momento la Ley les atribuye titularidad alguna sobre los datos personales.

PÉREZ LUÑO⁷⁴¹ no reconoce la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo, fundamentándose en el temor a que se consagrara un derecho a la propiedad privada sobre los datos personales⁷⁴². Esta postura ha quedado claramente superada con el reconocimiento del derecho a la protección de datos como un derecho fundamental. Cabe decir que esta afirmación data del año 1989, incipiente aún el reconocimiento a la autodeterminación informativa.

5.4.- CONTENIDO PATRIMONIAL DEL DATO PERSONAL

podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. 4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.”

⁷⁴⁰En igual situación nos encontraríamos aunque terceras personas hayan adquirido unos datos sin consentimiento de su titular al haberlos obtenido de fuentes accesibles al público, toda vez que el titular de los datos puede oponerse al tratamiento de datos en cuestión.

⁷⁴¹PÉREZ LUÑO, A. E. “Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales” *Cuadernos y Debates núm. 21*. Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 156.

⁷⁴²En GÓMEZ GAMBOA, D. *El tratamiento automatizado de datos frente a los derechos fundamentales al honor, intimidad y protección de datos de carácter personal*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones. Madrid, 2003, pág. 74.

Si atendemos a la posibilidad de obtener dinero por prestar el uso de nuestros datos, entraríamos de lleno en la consideración del dato personal como un bien con contenido patrimonial. Una de las particularidades de este bien es que la información es el propio bien, por lo que tanto la obtención como su uso debe ser tratada de forma diferenciada a otros supuestos.

Para DIEZ PICAZO⁷⁴³, los derechos de la personalidad han venido siendo entendidos desde un punto de vista patrimonialista del derecho subjetivo, que se hace recaer sobre un objeto del mundo exterior (p.e. la propiedad) o sobre el poder exigir a otro una determinada conducta. También indica el autor que “nada impide poder hablar de un derecho subjetivo en relación con los bienes que satisfacen las necesidades y aspiraciones del hombre pudiéndose afirmar que el derecho subjetivo, como técnica de protección de esos intereses, abarca también los derechos de la personalidad⁷⁴⁴”.

Nuestro punto de vista va más allá, no tanto en lo referente al derecho a una protección de la persona o a un derecho del desarrollo de la personalidad, como en el bien concreto de “dato personal”, entendiendo que no cabe duda sobre la existencia de su contenido patrimonial. Vivimos en la era de la información y comunicación, donde el detentar información es tener control. Control en el sector financiero, en el sector del marketing, en el sector político, etc. No hay campaña de mercado que no tenga en cuenta datos poblacionales (capacidad adquisitiva, número, hábitos, etc.). Las entidades financieras no podrían funcionar sin información rápida y fiable sobre la solvencia de sus clientes o de potenciales clientes, obteniendo ventajas por la vía de ahorro de costes ante posibles impagos. Los partidos políticos llevan a cabo un pormenorizado y constante análisis de la intención de voto por poblaciones analizando su comportamiento para poder influir en su voto, etc., siendo un hecho obvio y patente que se pagan fuertes sumas de dinero por bases de datos que contengan información de utilidad para la entidad adquirente. Ciertamente es que en el entorno del marketing se manejan bases de datos disociadas, pero las bases de datos se obtienen a partir de datos personales a disociar⁷⁴⁵, por lo que el dato personal se configura como el elemento esencial para poder obtener lucro posterior, quedando fuera de toda duda su contenido patrimonial. Por otro lado, la LOPD,

⁷⁴³DIEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A *Sistemas de derecho civil*, Volumen I, Quinta edición, Edit. TECNOS: Madrid, 1984, pág. 338 y ss.

⁷⁴⁴FERRARA F. *Teoría de las personas jurídicas*. Edit. Comares. 2006, págs. 1-13, también opina de esta manera al definir los derechos de la personalidad, como derechos supremos del hombre, los que garantizan el goce de sus bienes personales. Igualmente, observa el autor, que frente a los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos.

⁷⁴⁵RESELLO MALLOL, V. “Marketing y Protección de Datos (I).Concepto de Dato Personal.” www.noticiasjuridicas.es. Septiembre 2009.

en sus artículos 3⁷⁴⁶ y 31⁷⁴⁷ contempla la posibilidad de vender los datos de un tercero (siempre que se hayan obtenido legalmente). El contenido patrimonial de los datos personales queda patente desde el momento que si el contenido de la información es conocido por terceros de forma ilegal, la consecuencia será la de generar al perjudicado el derecho a obtener la correspondiente indemnización, distinta del daño moral, pero sin que ello entrañe una vulneración específica del derecho a la intimidad⁷⁴⁸.

Por lo expuesto, la cesión de información relativa a datos personales a un fichero de morosidad, al amparo del art. 29 de la LOPD, no sólo se viene ejerciendo de forma ilegal sino que además, debe tenerse en cuenta que tanto la empresa cedente como la cesionaria está manejando un bien ajeno en su propio beneficio, sin el consentimiento del dueño de los datos. Figuras como la del enriquecimiento injusto bien podrían invocarse ante esta situación⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶Art. 3, j) LOPD, “Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación”.

⁷⁴⁷Art. 31 LOPD “Censo promocional. 1. Quienes pretendan realizar permanente o esporádicamente la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas, podrán solicitar del Instituto Nacional de Estadística o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral. 4. Se podrá exigir una contraprestación por la facilitación de la citada lista en soporte informático.”

⁷⁴⁸FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. *Registros de ...*. Obra citada, pág. 5.

⁷⁴⁹La STS, Sala Primera de lo Civil, de fecha 21 de julio de 2010, recurso 1421/ 2006, ponente Gimeno – Bayón Cobos, Rafael, en su fundamento jurídico décimo tercero, establece los requisitos para que pueda calificarse el enriquecimiento como injusto, en concreto 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución. 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente. 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia En el caso de los ficheros de morosos, el responsable tanto del fichero sobre solvencia patrimonial como quien le cede los datos obtiene un beneficio bien sea de forma pecuniaria en el primer supuesto como vía indirecta en el segundo caso. Respecto al segundo de los elementos, no existe razón jurídica para el incremento, ya que un aspecto es que legalmente pueda llevarse a cabo un tratamiento y otro que se obtenga un lucro valiéndose de un bien ajeno, más palpable aún si la cesión se ha llevado a cabo de forma ilegal y, por último, el dueño del bien no obtiene ninguna ganancia en la relación descrita.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La presente tesis doctoral nació con el objeto de determinar si el tratamiento de los datos personales en los ficheros de morosidad es conforme a la LOPD y su Reglamento de desarrollo. Tras el estudio de estas disposiciones legales y otras cuya conexión queda justificada en el cuerpo del trabajo, junto con jurisprudencia, análisis doctrinal y la casuística aplicable al supuesto, hemos obtenido como resultado global del trabajo que el tratamiento de los datos de morosidad se realiza de forma ilegal. Se ha llegado a tal conclusión al apreciar cómo son incumplidos varios requisitos esenciales, contenidos tanto en el art. 29 de la LOPD como en el 38 de su Reglamento de desarrollo.

I.- CON RESPECTO A LOS ARTS.29 LOPD Y 38 DEL REGLAMENTO.

- *Veracidad y certeza de la deuda*

PRIMERA.- No existe en nuestro ordenamiento una definición de deuda veraz o cierta, por lo que hay que acudir a otros textos legales y jurisprudencia para poder delimitar estos conceptos, aplicándose el término de insolvencia como sinónimo de situación deudora.

SEGUNDA.- De las referencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Plan General Contable, Ley del Contrato del Seguro, Ley Concursal, Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley del Impuesto del Valor Añadido, Ley de Sucesiones y Donaciones y doctrina judicial, se concluye que la deuda invocada por el deudor no tiene el carácter de cierta hasta que no haya sido así considerada mediante sentencia judicial con el carácter de firmeza.

Del análisis de dichas normas (LEC, del PGC, LCS, LC, LIS, LIVA, LSD) se deduce que la deuda invocada por el acreedor podrá tener una buena apariencia jurídica o la calificación de fundamento razonable de deuda, verosímil ó probable, conceptos estos alejados del de deuda cierta, o lo que es lo mismo, irrefutable, indubitada, incontestable, incontrovertida, inequívoca, indudable ó indiscutible.

- *Con respecto a la figura del acreedor y de quien actúa por su cuenta o interés.*

Se han detectado situaciones en las que los datos alusivos a una deuda (con independencia del carácter de deuda “no cierta”) son cedidos a un fichero de

morosidad por persona distinta al acreedor o por quien actúa por su cuenta o interés, como exige la LOPD.

Concretamente, este proceder se observa en las cesiones de datos llevadas a cabo por las entidades financieras cuando un efecto comercial ha sido descontado o domiciliado en sus dependencias y este ha resultado impagado.

En este sentido, se han llegado a las siguientes conclusiones:

TERCERA.- La cedente de datos al fichero de morosos no está apoderada para tal fin por su cliente, ni es su mandataria, ya que el acreedor no participa en dicha relación de mandato. Es más, ni tan siquiera se entera de la cesión de datos.

CUARTA.- La entidad bancaria cede los datos en su propio interés ya que esta situación le permite obtener información sobre otros clientes.

QUINTA.- Por tanto, se ceden datos deudores no respetando el requisito de la LOPD referido a la persona legitimada para facilitar dichos datos.

- *Con respecto a la finalidad del fichero.*

Se ha constatado el incumplimiento del principio de calidad del dato al emplearse los ficheros de morosidad para una finalidad distinta para la que fueron creados.

En concreto, los resultados alcanzados a este respecto, son:

SEXTA.- La finalidad de estos ficheros es la de servir para enjuiciar la solvencia económica de los interesados al darse a conocer en el tráfico mercantil su solvencia patrimonial, así como el grado de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones dinerarias, debiendo facilitar esta información para poder obtener datos de esta índole sobre otras personas (función de reciprocidad).

SÉPTIMA.- Sin embargo, la inclusión en estos ficheros se viene utilizando como un instrumento de presión para conseguir el cobro de una deuda. No solo se ejerce una presión coactiva sino que supone una actuación sancionadora en potencia, ya que la inclusión en uno de estos ficheros ocasiona perjuicios tanto de índole moral como material, como puede ser la denegación de un préstamo bancario.

OCTAVA.- Es reiterada la doctrina judicial que considera ilegítima la divulgación de estos datos cuando por el modo de producirse se aprecie una finalidad de atemorizar o coaccionar al deudor por medios vejatorios para que pague la cantidad que se reclama.

Por todo lo cual, si el fichero de morosos se usa para una finalidad distinta a la que le habilita para operar en el mercado, se vulnera el principio de calidad del dato, resultando esta situación contraria a la LOPD.

- *Con respecto al periodo de permanencia máxima de los datos en un fichero de morosidad.*

Se ha apreciado cómo la imposición de no poder mantener una deuda en un fichero de morosidad cuando su antigüedad sea de más de seis años queda sin efecto, según se desprende de la siguiente situación:

NOVENA.- El fichero dependiente del Centro de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), puede emitir informes de solvencia respecto a datos facilitados durante los cinco años anteriores a su petición. Por lo cual, puede facilitarse información de una deuda de once años menos un día de antigüedad. (En el supuesto de que una entidad facilite la información un día antes de los seis años de antigüedad de la deuda, teniendo en cuenta el plazo de cinco años, ambos periodos podrían llegar a sumar el de once años menos un día).

DÉCIMA.- El CIRBE ha dejado de prestar un servicio público para operar como un fichero privado que sirve a intereses particulares de empresas bancarias, pero a este fichero no le es aplicable el plazo permanencia de seis años de la LOPD ya que formalmente tiene la consideración de un fichero de titularidad pública. El CIRBE tiene la característica de tener clientes cautivos (las entidades declarantes están obligadas a prestar su información crediticia) dejando sin contenido el plazo de seis años contemplado en el art. 29 de la LOPD, disponiendo además de información referida a la totalidad de las entidades financieras.

Como consecuencia, los derechos de los consumidores quedan restringidos a favor de la empresa, ya que la entidad financiera podrá tener acceso a esta información aunque la deuda tenga una antigüedad superior a los seis años.

UNDÉCIMA.- En definitiva, bien sea porque se ceden datos relativos a una deuda que no tiene el carácter de cierta o veraz, porque sean cedidos por personas distintas al acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, porque puedan estar disponibles por más tiempo que el previsto en el artículo 29 LOPD o porque los ficheros sobre solvencia patrimonial no respondan a la finalidad legal prevista, podemos afirmar que estos ficheros están operando de forma ilegal. De considerarse cierta la deuda informada por el acreedor, difícilmente podría establecerse con posterioridad que la deuda no es cierta, como está sucediendo en numerosas ocasiones en las que la Audiencia Nacional termina por confirmar una sanción de la AGPD declarando que la deuda transmitida no tiene dicho carácter de certeza. Es decir, la deuda lo es o no lo es. No cabe que sea cierta en un principio y después incierta, por lo que no cabe pensar que la deuda cedida por el acreedor tenga este carácter de irrefutabilidad.

A pesar de la contundencia de los argumentos, existe una corriente jurisprudencial favorecedora de los intereses del empresario en detrimento de los del consumidor así como una tendencia a justificar la existencia de estos ficheros a pesar de cómo están operando.

DUODÉCIMA.- La existencia de una corriente jurisprudencial interpretativa de la legislación sobre protección de datos favorable a los intereses empresariales (STS de 15 de julio de 2010) desde un triple punto de vista. En primer lugar se admite el establecimiento unilateral por su parte de la deuda. En segundo lugar se presume que esa deuda es susceptible de ser incluida en los ficheros de morosos y, por último, aunque el presunto deudor, titular de los datos, interponga una reclamación judicial, los datos podrán ser igualmente incluidos en un fichero de morosidad.

DECIMOTERCERA.- La Justificación de la existencia de los ficheros de morosidad por parte del TDC no es sólida.

El TDC los justifica partiendo de la idea de que los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito cumplen una función de saneamiento y clarificación del tráfico mercantil, contribuyendo a mejorar la producción y comercialización de bienes o servicios. Con fundamento a esta consideración, se obligó al RAI a ceder al resto de ficheros de morosidad todos los datos de los que dispusiera puesto que resuelve una materia referida al campo de la protección de datos sin el más mínimo apoyo en la LOPD y sobre la base de una consideración carente todo rigor, a pesar de vulnerar los derechos del titular de los datos a favor del sector empresarial y titulares de los ficheros sobre morosidad.

II.- RESPECTO A LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ART. 29 LOPD.

La consecuencia más palpable de las situaciones descritas es la situación de indefensión que sufre el titular de los datos, aplicándose de forma incorrecta las reglas de la carga la prueba y la vulneración de la presunción de inocencia.

DECIMOCUARTA.- Inversión de la carga de la prueba. Se vedan posibilidades de prueba al deudor además de invertirse la carga de la prueba al recaer en este la necesidad de iniciar un procedimiento ante la Agencia de Protección de Datos y, en su caso, ante la Audiencia Nacional, para poder probar la no realidad de una deuda. Sin embargo, debería ser el presunto acreedor el que probase la certeza de los datos deudores transmitidos.

DECIMOQUINTA.- Presunción de inocencia. Inevitablemente, al no respetarse la reglas de la carga de la prueba se produce una situación de presunción de

culpabilidad y de no respeto a la presunción de inocencia, al considerarse *a priori* que una persona es morosa, vulnerándose así el art. 24.2 CE.

Aunque la cesión de datos a un fichero sobre solvencia patrimonial se lleve a cabo al margen de un proceso judicial, resulta igualmente aplicable el principio de presunción de inocencia en este ámbito. El Tribunal Constitucional ha establecido que la presunción de inocencia también opera en las situaciones extraprocesales. También exige el TC que la difusión de información sea veraz, obligando a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia, siendo aplicable este criterio a los ficheros de morosos al ser estos auténticos medios de información.

DECIMOSEXTA.- La deuda se cede a los ficheros de morosos sin que tenga la condición de cierta ya que se ha formulado vulnerando las reglas de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia, por lo que la determinación de la deuda no ha sido sometida a contradicción alguna.

CONCLUSIÓN FINAL

Los ficheros sobre solvencia patrimonial son de gran importancia en una sociedad desarrollada como la nuestra, ofreciendo la posibilidad de obtener un crédito, necesario para una sociedad de consumo, de una forma más ágil y barata y, por otra parte, los consumidores se benefician de unos menores costes al disminuirse el número de impagos. Sin embargo, esto no justifica que el tratamiento de datos sobre solvencia patrimonial y crédito se esté llevando a cabo de forma ilegal con el beneplácito de la propia AGPD y el aval del TS, prevaleciendo los intereses de empresarios y responsables de ficheros de morosidad en perjuicio del titular de los datos y consumidor. Tampoco la tardanza en la tramitación en los juzgados es óbice para esperar a obtener una sentencia judicial que declare la existencia de una deuda. Tanto teniendo en cuenta los plazos publicados por el CGPJ como los obrantes en la LEC, no es “impensable” esperar a obtener una sentencia firme para comunicar un dato deudor, más aún si se comparan con el tiempo que un acreedor tarda en comunicar una deuda. En cualquier caso, el titular de los datos no tiene la culpa de los retrasos en los juzgados y tribunales, no legitimando, esta situación, en ningún caso, la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos y al de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la CE. No obstante, no parecen tan importantes y necesarios para nuestro sistema financiero los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito si tenemos en cuenta la difícil situación que atraviesa la economía del país, en gran parte debida, precisamente, a la concesión de créditos que a la postre han resultado fallidos.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ACED FÉLEZ, E. “Transferencias Internacionales de Datos”. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica. (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala, 2-6 de junio de 2003)*. Edit. Tirant lo Blanch, 2006.

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AGPD), Memoria de actividades 2011.

-----Memoria de actividades 2010.

-----Memoria de actividades 2009.

-----Memoria de actividades 2008.

-----Memoria de actividades 2007.

-----Memoria de actividades 2006.

-----Memoria de actividades 2005.

-----Memoria de actividades 2004.

-----Memoria de actividades 2003.

-----Informe jurídico 73/ 2005.

-----Informe jurídico 273/ 2005.

-----Informe Jurídico Naturaleza de los ficheros responsabilidad de las Cámaras de Comercio, 1999.

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. (APDCM) *Manual de Protección de Datos para las Administraciones Públicas*. Edit. Aranzadi. 2003.

-----*Protección de datos personales para Universidades*. Edit. APDM, 2008.

AGÚNDEZ LERÍA, I. M. “La Agencia española de protección de datos”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 35. Febrero 2007.

-----*Protección de datos. Comentarios al Reglamento* Edit. Lex Nova, 2008.

ALBADALEJO, M. *El derecho civil II, un derecho de obligaciones*. Decimocuarta edición. Edit. Edisofer, 2011.

ALBURQUERQUE DOUETTES ARAÚJO, L. (2007). “Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito: Breves comentarios a su régimen jurídico”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988 X, Nº 25, 2007.

ALGUACIL GONZÁLEZ- AURIOLES, J. *La Libertad informática. Aspectos Sustantivos y competenciales* UNED, 2001.

ALMUZARA ALMAIDA, C. *Estudio Práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Edit. Lex Nova, 2005.

ALONSO MARTÍNEZ, C. “Ficheros de titularidad privada” Boletín del Colegio de Abogados de Madrid. Nº 35, Febrero 2007.

-----“Prestación de Servicios sobre Solvencia Patrimonial y Crédito”, *Actualidad Informática Aranzadi*, Enero de 1996.

ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, J.M. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Edit. Aranzadi, 1999.

AMITAI ETZIONE, *The limits of privacy*. Basic Books. New York, 1.999.

APARICIO SALOM, J. *Estudio sobre la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Edit. Aranzadi, 2.009.

ARENAS RAMIRO, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.

ARIAS PAU, M. y otros *La protección de datos y sus mundos*. Edit. DAPP, 2009.

ARMENDÁRIZ VICENTE, F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Edit. Lex Nova, 2012.

AVILÉS GARCÍA, J. *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina Normativa y jurisprudencia*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2007.

BALLESTEROS MOFFA, L.A. *La privacidad electrónica. Internet en el centro de la protección*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.

BELTRÁN CABELLO, C. “Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2011”. *Revista Estudios Financieros*. Nº 133, Febrero 2012,

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Edit. Civitas, 2009. 3ª edición.

-----*Comentarios al Código Civil*, 2ª edición. Edit. Aranzadi. 2006.

BILBAO TORRES, J.M. *La Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1997.

GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Civitas, 1986.

CAAMAÑO, F. *La Garantía Constitucional de la Inocencia*. Edit. Tirant lo Blanch. Universitat de Valencia, 2003.

CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Edit. Heliasta. 18ª edición, 1997.

-----*Diccionario de Derecho Usual*. Edit. Santillana, 1.963.

CAROLITA GONZÁLEZ, L. *Diccionario Jurídico*. Edit. Scribd, digital library. (<http://es.scribd.com/doc/48114934/490/Deuda-cierta>).

CARRANCHO HERRERO, T. “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos”. *Revista practica derecho de daños*. Nº 91. Edit. La Ley, 2011

- CASADO OLIVA, O. “Régimen especial para la actividad de solvencia patrimonial y crédito”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Edit. Thomson Aranzadi, 2004.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo I. Volumen segundo. Edit. Reus, 1982.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. “La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial” *La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial* nº 53. Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- CHUECA SANCHO, A.G. *La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios* en MATÌA PORTILLA, FJ *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Edit. Civitas, 2002.
- CLAUDIA PADOVANI y ARJUNA TUZZI. *Global Civil Society and the World Summit on the Information Society: Reflections on Global Governance, Participation and the Changing Scope of Political Action*. Congreso de Durban, julio 2003.
www.ssrc.org/programmes/itic/publications/civsocandgov/Padovani.pdf
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. *Los denominados juicios paralelos o virtuales emitidos en medios audiovisuales que representan y reproducen hechos que constituyen el objeto de un proceso penal en situación de litis pendencia*. Informe número 7/2011. Informes 2011. Edit. Tirant lo Blanch, 2012.
- CONSEJO DEL PODER JUDICIAL. Memoria. *La Justicia dato a dato*. Año 2010
- CORRIPIO GIL DELGADO, M.R. “Novedades legislativas sobre protección de datos: la Directiva 2002/ 58/ CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”, *Revista de Contratación Electrónica*. Nº 32, 2002.
- Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet*. Edit. Agencia de Protección de Datos. 2.000.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*”. Edit. Tirant Lo Blanch, 2.010.
- COTINO HUESO, L. *Libertad en Internet: La red y las libertades de expresión e información*. Edit. Tirant lo Blanch, 2007.
- CREMADES MORANT, J. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Edit. Sepin, 2008.
- CUERVO, J. “Las Instrucciones de la Agencia y las Entidades de Crédito”. *Revista Informática jurídica*. Trabajos 2005.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. *El abogado y la protección de datos*. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2004.
- “Los principios de la protección de datos y los derechos en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”.

- Actualidad Informática Aranzadi: revista informática para juristas*, nº 34, 2000.
- Nueva guía práctica de protección de datos desde la óptica del titular del fichero*. Edit. ASNEF (Asociación nacional de establecimientos financieros), 2001.
- La Protección de Datos en Europa: Principios, Derechos y Procedimiento*. Edit. Universidad de Comillas, (ASNEF), 1998.
- Manual de protección de datos para abogados*. Edit. Aranzadi, 2006.
- “La protección de datos e internet”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 36. Abril 2007.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. (Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1 del CC”. *Anuario de Derecho Civil*. Oct. – Dic. 1977.
- Temas de Derecho Civil*. Madrid. Edit. Castro y Bravo, 1972.
- Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. (Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1 del CC)*”. *Anuario de Derecho Civil*. Oct. – Dic. 1977
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Edit. Civitas, 2001.
- DE LORENZO Y MONTERO, R. *Protección de datos personales en el derecho sanitario*. Edit. Colex, 2009.
- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. *Protección de datos. Cuestiones constitucionales y administrativas*” Edit. Civitas, 2007.
- DEL PESO NAVARRO, E. y otros. *Nuevo reglamento de protección de datos de carácter personal*. Ediciones Díaz de Santos, 2008.
- DÍEZ PICAZO, G. *La mora y la responsabilidad contractual*. Edit. Civitas, 1996
- DIEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A. *Sistemas de derecho civil*, Volumen I, quinta edición, Edit. Tecnos, 1984.
- Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Edit. Tecnos, 1985.
- DIEZ PICAZO L. *El escándalo del daño moral* Edit. Civitas, 2008.
- ÉCIJA BERNAL, Á. *Factbook Protección de Datos Personales*, Edit. Aranzadi. 2003.
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Edit. Espasa Calpe. Tomo 36. Edición 1961
- ESTRUCH ESTRUCH, J. *Derecho privado de consumo*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.

- ETIENNE CEREXHE con la colaboración de Jean-Louis VAN BOXSTAEL, *Introduction a l'étude du droit: les institutions et les sources du droit*. Edit. Bruylan. 1992.
- ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal* Edit La Ley, 2009.
- FAGUNDO HERMOSO, A. "Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito". *Revista de la contratación electrónica*, nº 79. Editora de publicaciones científicas y profesionales (EDICIP), 2007.
- FATAS, J.M. y GARCÍA SANZ, J. *Comentario al reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal*. Edit. Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J.A. *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*. Edit. Lex Nova, 2008.
- FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*. Edit. Tecnos, 2010.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. "A propósito de la sentencia de 23 de noviembre de 2011/06 TJ y nueva LDC" *Comunicaciones de Propiedad Industrial IDEI*. Revista nº 47, 2007.
- "La nueva Ley de Protección de Datos. Su porqué y sus novedades principales". *Actualidad Informática Aranzadi*, Enero, 2000.
- Movimiento internacional de datos y buen gobierno corporativo*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Núm. 35. Febrero 2007.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. *Diccionario Jurídico*. Edit. Aranzadi. Sexta edición, 2012.
- Registros de morosos*. Edit. Aranzadi, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Edit. Civitas, 2004.
- FERRANDO VILLALBA, M.L. "Denegación de crédito al consumidor y protección de datos personales". *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 21, 2009.
- FERRARA, F. *Teoría de las personas jurídicas*. Edit. Comares, 2006.
- FREIXAS GUTIÉRREZ, G. *La Protección de datos de carácter personal en el derecho español*. Edit. Bosch, 2001.
- FREIXES SANJUÁN, T. "Obtención y utilización de datos personales automatizados". *Jornadas sobre el derecho español de protección de datos*. Agencia de Protección de Datos, 1996.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los Procesos Civiles* Edit. Bosch, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Edit. Civitas, 2002.

- GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*. Edit. Civitas, 1985.
- GÓMEZ GAMBOA, D. *El tratamiento automatizado de datos frente a los derechos fundamentales al honor, intimidad y protección de datos de carácter personal*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, 2003.
- GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. “Breve reflexión acerca del derecho a la protección de los datos de carácter personal de los nascituri”. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*. Agencia Madrileña de Protección de Datos Personales, 2007.
- GRACIANO REGALADO, J.C. “Fichero de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF” *Diario La Ley*. Nº 6223, de 4 de abril de 2005. Edit. La Ley.
- GRIMALT SERVERA, P. “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales”. *Revista Aranzadi Civil*. Nº 1, 1999.
- La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen*. Edit. Iustel, 2007.
- GUASP, J. *Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción y Parte General* Sèptima Edición. Edit. Aranzadi. 2005.
- GUERRERO PICO, M.C. “El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución Europea” *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº. 4, 2005.
- El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Edit. Aranzadi. 2006.
- GUICHOT, E. *Datos personales y administraciones públicas*. Edit. Civitas, 2005.
- HEREDERO HIGUERAS, M. *La directiva comunitaria de protección de los datos de carácter personal; Comentario a la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/ 46/ CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Edit. Aranzadi, 1997.
- La protección de datos de salud informatizados en la ley orgánica 5/ 1992*. Edit. Derecho y Salud, 1994.
- HERNÁN DE VASCONCELOS, B. en ALBURQUERQUE DOUETTES ARAUJO, L. “Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito: Breves comentarios a su régimen jurídico”. *Anuario de la facultad de Derecho*. Nº 25, 2007.
- JIMÉNEZ RIUS, P. “Análisis de la regulación del tratamiento de datos personales realizado por las entidades de crédito en España”. *Revista española de derecho administrativo*. Nº 110. Edit. Civitas. (abr.- jun. 2001).
- “Antecedentes legislativos de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales” *Actualidad Administrativa*. Nº 26, 2001.

- LACASTA CASADO, R. *Auditoría de la Protección de Datos*. Edit. Bosch, 2009.
- LESMESS SERRANO, C. *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia* Edit. Lex Nova, 2008.
- LÓPEZ – VIDRIERO TEJEDOR, I. *Protección de datos personales. Manual práctico para empresas*. FC Editorial, 2.005.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “El Reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal. Consideraciones generales”. *Revista Española de Protección de Datos*. 2007. Edit. Civitas.
- MARTÍN RUIZ, A. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* Edit. Lex Nova, 2012.
- MESA MARRERO, C. “La regulación reglamentaria de los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito”. *Actualidad Civil*. Nº 19, Nov. 2008.
- MIGUEL SAN AGUSTÍN, M.C. “La problemática del tratamiento de datos de carácter personal de ficheros de solvencia patrimonial y crédito” *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº. 32, 2008.
- MIRABELLI, G, *In tema ditutela del dati personali “ en Il diritto dell`informazione e dell`informatica* Notal marginal de la propuesta modificativa de la Directiva CEE. 1.993 en *Il diritto dell informazione e dell informática*, año IX,nº 3 1993.
- MONTAÑÉS PARDO, M.A. *La presunción de inocencia Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Edit. Aranzadi, 1999.
- MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2007.
- MOSER, B, “ *Die Europäische Menschenrechtskonvention und burger Recht* “, Manzsche Verlags und Universitsbuchhandlung”, Wien, 1975.
- MURILLO DE LA CUEVA, P.L. *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Foro Coloquio Jurídico Europeo. Edit. Tecnos, 1990.
- Informática y Protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- NAVALPOTRO NAVALPOTRO, Y. *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Edit. Lex Nova, 2.007.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P. *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Edit. Comares, 2006.
- ORTEGA Y GASSET, J. *Meditaciones del Quijote*, Revista de Occidente. Edit. Alianza Editorial, 8ª Edición, 1987.

- ORTEGA GIMÉNEZ, A. *Guía práctica sobre protección de datos de carácter personal para abogados*. Edit. Difusión jurídica y temas de actualidad, 2007.
- ORTÍ VALLEJO, A. *Derecho a la intimidad e informática tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada*. Edit. Comares, 1994.
- PALOMAR OLMEDA, A. “Los derechos personales en el ámbito de la protección de datos”. *Revista española de protección de datos* núm. 2. Junio 2007. Edit. Aranzadi.
- Los ficheros de saldo cero y el principio de la veracidad actual de los datos* Edit. Aranzadi, 2001.
- Comentario al reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre)*. Edit. Thomson Civitas, 2008.
- PARRA LUCÁN, M.Á. *Registros de morosos: derecho civil y nulidad parcial del reglamento de desarrollo de la LOPD*. Edit. Thomson Aranzadi, 2011.
- PASCUAL HUERTA, P. *Protección de datos. Comentarios al reglamento*. Edit. Lex Nova, 2008.
- PASQUA LIAÑO, M. *Jurisprudencia civil comentada*. Edit. Comares, 2009.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Informática y libertad. Comentario al art. 18.4 de la Constitución Española*. Edit. REP, 1981.
- “Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales”. *Cuadernos y Debates*. N°21. Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. “Consideraciones introductorias sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 35. Febrero 2007.
- El derecho a las autodeterminación informativa, Protección de Datos Origen, situación actual y retos de futuro* Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- La Red Iberoamericana de Protección de Datos. Declaraciones y documentos*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.
- Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II encuentro iberoamericano de protección de datos La Antigua-Guatemala, 2-6 de junio de 2003. El derecho fundamental a la protección de datos personales*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.
- PLANA ARNALDOS, M.C. *Comentario al reglamento de desarrollo en la ley orgánica 15/ 999, de 12 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/ 2007 de 21 de diciembre)*. Edit. Aranzadi, 2008.

- PRATS ALBENTOSA, L. *Comentarios al Reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/ 2007, de 21 de diciembre)*. Edit. Aranzadi, 2008.
- PUENTE ESCOBAR, A. *Comentarios al Reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/ 2007, de 21 de diciembre)*. Edit. Aranzadi, 2008.
- “Primera aproximación al reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999”. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho la competencia*. Edit. Instituto de derecho y ética industrial, 2008.
- Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica Breve descripción de la evolución histórica y del marco normativo internacional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.
- “Reflexiones sobre la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”. *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 35, 2007.
- PUYOL MONTERO, J. El derecho de acceso. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Numero 35. Febrero 2007.
- RABOY, M. *Civil Society, Communication and Global Governance: Issues from the World Summit on the Information Society*. Peter Lang Academic Publishing, New York, 2005
- RAMOS SUÁREZ, Á. “El requerimiento previo a la inclusión de los datos personales en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito”. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, ISSN 1988-1797, nº 35, 2008.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda Edición. Edit. Espasa Calpe, 2001.
- ROCAFORT PÉREZ, Guillermo M. “Sospechas de importantes irregularidades sobre el Fichero Informático CIR (Central de Información de Riesgos) del Banco de España: la Audiencia Nacional ordena una investigación seria y rigurosa”. *Actualidad administrativa*: t. 2, 2005.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á. “El valor jurídico de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del tratado de Niza”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. Nº 1/ 2.002.
- RODRÍGUEZ MORAN, Manuela Andrea. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Notas y Doctrina de Tribunales*. Edit. Civitas, 2011.
- ROMEO CASABONA, C.M. *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, en MAYOR ZARAGOZA, F. Y ALONSO VÉDATE, C. (coords.): *Gen-Ética*, Edit. Ariel, 2003, citando a Joel Taupitz, “Genetic analysis and ther right to self-determination in German Civil Law”, en *Law and the Human Genome Review*, nº 4, 1996.

- ROSELLO MALLOL, V. “Marketing y Protección de Datos (I).Concepto de Dato Personal”. *www.noticiasjuridicas.es*. Septiembre 2009.
- ROTONDI, M. *Instituciones de Derecho Privado*. Edit .Labor, 1955.
- RUBÍ NAVARRETE, J. “La protección de datos en el sector de las telecomunicaciones”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. N° 36, vol. II, 2006.
- Las sentencias y autos del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 sobre el reglamento de la ley orgánica 15/ 1999 del 13 de septiembre, de protección de datos de carácter personal*. Edit. Idei, 2011
- RUBIO LLORENTE, F. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Estatuto de la Carta*. Generalitat de Catalunya. Instituto d’Estudis Autonòmics. 2004.
- RUBIO TORRANO, E. *El registro de aceptaciones impagadas (rai) y las prácticas restrictivas de las competencias*. Edit. Aranzadi, 2005.
- RUIZ CARRILLO, A. *Los Datos de Carácter Personal*. Edit. Bosch, 1999.
- RUIZ MIGUEL, C. *El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del TEDH*. Edit. Civitas, 1994.
- SALAS CARCELLER, A. *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Edit. Sepin, 2009.
- SÁNCHEZ ARISTI, R. *Comentario al artículo 1100 del C.C*. Edit. Aranzadi, 2011,
- SÁNCHEZ BRAVO, A.A. *La regulación de la persona interesada en la Directiva Europea de Protección de Datos*, Jornadas sobre derecho español a la protección de datos personales. AGPD, 1996.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* Edit. Sepin, 2006.
- SANZ CABALLERO, S. *A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Suplemento BEUR n° 11, abril 2003.
- SÁNCHEZ-CRESPO LÓPEZ, A. *La Protección de Datos en los centros de enseñanza*. Edit. Aranzadi. 2007.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* Edit. Sepin, 2006.
- SANCHO VILLA, D. *Transferencia Internacional de Datos Personales*. Edit. Agencia de Protección de Datos, 2003.
- SOLER PUEBLA, J. “Los ficheros de solvencia profesional “ *Rev. Economist & Jurist*. Año X, n°. 28, 2010-1.
- SOUTO PAZ, J. A.”Comentarios a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. *Revista poder judicial*. N° 61, 2001.

- SUBIZA PÉREZ, I. y otros. *La protección de datos y sus mundos*. Edit. DAPP, 2009.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. *La protección de los datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*. Edit. Edisofer, 2001.
- Nuevas Tecnologías y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/ 1999*. Edit. Edisofer, 2001.
- TIMONER GIMÉNEZ, J. “Una visión crítica de los registros de morosos: alegaldad de los mismos” . *Cuadernos críticos del Derecho*. 1-2009.
- TORRELLES TORREA, E. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Edit. Colex, 2011.
- TRONCOSO REIGADA, A. “La protección de datos personales en las Administraciones Públicas”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 35. Febrero 2007.
- VÁZQUEZ MARTIN, M.A. “La exigencia de liquidez de la deuda en el nuevo juicio ejecutivo de la LEC 1/ 2000”. *Actualidad Civil*. 2002-1, nº 6.
- VÁZQUEZ RUANO, T. “Repercusiones de la Directiva 2002/58/CE (privacidad y comunicaciones electrónicas en el ordenamiento español”, en *Derecho de los Negocios*. Año 14, nº 153, junio 2003.
- VELASCO GÓMEZ, A. “Los principios de la protección de datos.” *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Nº 35. Febrero 2007.
- VELÁZQUEZ BAUTISTA, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Edit. Comares, 1993.
- VERDAGUER LÓPEZ, J. *Prontuario de protección de datos*. Edit. CISS, 2009.
- Prontuario de protección de datos*. Edit. CISS, 2011.
- Todo protección de datos*. Edit. CISS. 2011.
- Todo protección de datos*. Edit. CISS, 2012.
- VERDERA SERVER, R. *Código civil comentado*. Volumen III, Libro IV, De las obligaciones y los contratos. Teoría General de la obligación y el contrato. Edit. Thomson Reuters. Civitas, 2011.
- VÉRGEZ, M. *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. Edit. Aranzadi, 2004.
- VILASAU SOLANA, M. *Derecho y nuevas tecnologías*. Edit. UOC, 2005.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Protección de Datos Personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo a propósito de la STC 254/1993”. *REDC*. Nº 41, 1994.
- VIZCAÍNO CALDERÓN, M. *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Edit. Civitas, 2001.
- VV.AA.”Todo IVA”. Edit. Edición Fiscal. Edit. CISS. Primera Edición, 2010.

WESTIN, A.F. "*Computers and protection of privacy*" *Technological Review*, Vol 71, 1969.

XIOL RÍOS, J.A. *Enjuiciamiento Civil. Comentario y Jurisprudencia*. Edit. SEPIN, 2008.

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AGPD	Agencia Española de Protección de Datos
AN	Audiencia Nacional
AP BAD	Audiencia Provincial de Badajoz
AP BAR	Audiencia Provincial de Barcelona
AP CAC	Audiencia Provincial de Cáceres
AP GRA	Audiencia Provincial de Granada
AP LP	Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria
AP POT	Audiencia Provincial de Pontevedra
AP SCT	Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife
AP SEG.	Audiencia Provincial de Segovia
AP VAL	Audiencia Provincial de Valencia
AP ZAR	Audiencia Provincial der Zaragoza
Art.	Artículo
ASNEF	Asociación Nacional de Establecimientos Financieros
AUSBANC	Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios
BE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.c.	Código civil
CCI	Centro de Cooperación Interbancaria
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Podo Judicial
CIR	Central de Información de Riesgos
CIRBE	Central de Información de Riesgos del Banco de España
DGT	Dirección General de Tributos
DF	Disposición final
DL	Decreto Ley
DT	Disposición Transitoria
Edit	Editorial
EISP	Empresa de Información sobre Solvencia Patrimonial
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico

IS	Impuesto de sociedades
IVA	Impuesto Valor Añadido
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LO	Ley Orgánica
LOPCDH	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LSD	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
Pág.	Página
P.e.	Por ejemplo
RAI	Registro de aceptaciones impagadas
RD	Real Decreto
PGC	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RDL	Real Decreto Legislativo
RDLOPD	Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre Automatizado de los Datos de Carácter Personal
Rec	Recurso

RJAPPA	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
Sec.	Sección
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJ AND	Tribunal Superior de justicia Andalucía
TSJ MAD	Tribunal Superior de Justicia de Madrid
TSJ MAL	Tribunal Superior de Justicia de Málaga
TSJ AND	Tribunal Superior Andalucía.
UE	Unión Europea
VV.AA.	Autores varios