

UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA



MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE
LA INCLUSIÓN INDEBIDA EN UN
REGISTRO DE MOROSOS**

Lucía Lagunas Reyes

DIRECTORA

M^a Luisa Arcos Vieira

Pamplona

5 de Febrero 2014

SUMARIO

	Página
ABREVIATURAS	6
I.- INTRODUCCIÓN	7
II.- FICHEROS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO	9
Y FICHEROS DE MOROSOS	
1. Normativa Aplicable	9
1.1 <i>Legislación Nacional</i>	9-10
1.2 <i>Legislación Internacional</i>	10-11
1.3 <i>Legislación Comunitaria</i>	11-13
2. Ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito y Fichero de Morosos	13
2.1 <i>Definición de fichero</i>	13-14
2.2 <i>Tipos de ficheros</i>	14-15
2.3 <i>Ficheros de titularidad privada: Ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito y Ficheros de Morosos</i>	15-18
2.4 <i>Trascendencia del consentimiento del perjudicado</i>	18-20
2.5 <i>Desarrollo Reglamentario por RD 1720/ 2007 (arts. 38 -44)</i>	21-32
2.6 <i>Notificación de la inclusión en un fichero de morosos</i>	32-33
2.7 <i>Derechos del titular de los datos incluidos en el fichero</i>	33-36
2.8 <i>Acceso a los ficheros de morosos</i>	36-37
2.9 <i>El “Saldo Cero”</i>	37-39
III.- EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCLUSIÓN INDEBIDA O ERRÓNEA EN UN REGISTRO DE MOROSOS	41
1. Naturaleza de la responsabilidad civil del art. 19 LOPD: extracontractual o contractual	41-42
2. Responsabilidad subjetiva versus responsabilidad objetiva	42-45
3. Legitimación activa	45-48
4. Legitimación pasiva	48-53
5. Vías para solicitar la indemnización de daños y perjuicios	54
5.1 <i>Vulneración del derecho al honor y consiguiente aplicación de la LO 1/1982(LOPH)</i>	54-56
5.2 <i>Incumplimiento de las obligaciones previstas en la LO 15/1999(LOPD)</i>	56-57

6. Daños derivados de la inclusión indebida o errónea en un registro de morosos	57
6.1 <i>Daño duradero o permanente versus daño continuado o de producción sucesiva</i>	58
6.2 <i>Daños morales (extrapatrimoniales) y patrimoniales</i>	58
6.2.1 <i>daños morales</i>	58-62
6.2.2 <i>daños patrimoniales</i>	62-64
7. Plazo de acción y <i>dies a quo</i>	64
7.1 <i>Plazo de la acción de protección del derecho al honor</i>	64-65
7.2 <i>Plazo de incumplimiento de las obligaciones previstas LOPD</i>	65
8. Formas de reparación del daño	65-66
IV.- RECAPITULACIÓN	67-69
BIBLIOGRAFÍA	71-73
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	75-78
ANEXOS	79
1- <i>Relación de normativa: Proyecto de Reglamento relativo a la Protección de Datos en la UE</i>	79
2- <i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	80-98

ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
art./ arts.	artículo, artículos
ASNEF	Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
D.N.I	Documento Nacional de Identidad
Directiva	Directiva
INSTRUC	Instrucción
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LRJ- PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. (Vigente hasta el 14 de enero de 2000).
LOPH	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.
núm.	Número
p./pp	página, páginas
RAI	Registro de Aceptaciones Impagadas
RD	Real Decreto
Res.	Resolución
RM	Registro de Morosos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas
TUE	Tratado de la Unión Europea

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se abor con motivo de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 176/2013, de 6 marzo. Avanzando en la línea marcada por sentencias precedentes, el Tribunal Supremo declara que *“la inclusión de datos personales en un registro de morosos por una deuda dudosa vulnera el derecho al honor”*.

La citada sentencia del Tribunal Supremo asume como propia la doctrina del Tribunal Supremo ya consolidada¹, según la cual la inclusión incorrecta de datos en un registro de información sobre solvencia patrimonial constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Pero la sentencia de referencia da un paso más en cuanto admite que la publicación de datos sobre deudas dudosas también vulnera el derecho al honor por faltar el requisito de la calidad de los datos (art. 4, 6 y 29 LOPD) y la “veracidad” de la información publicada en los términos definidos por reiterada jurisprudencia².

Por tanto, el objeto de este trabajo es el estudio de la responsabilidad civil derivada de la inclusión indebida o errónea en los llamados “Registros de Solvencia Patrimonial y Crédito” y “Registros relativos al Cumplimiento o Incumplimiento de Obligaciones Dinerarias” o más coloquialmente conocidos como “Registros de Morosos”.

El desarrollo de la sociedad de la información con posibilidad de recopilación y acceso a los datos de carácter personal así como la realidad económica actual ha originado un notable incremento de las demandas dirigidas a la jurisdicción civil. En la mayoría de los casos, la inclusión en los denominados “registros de morosos” supone como ya se ha indicado una vulneración al derecho al honor con el consiguiente derecho del afectado o perjudicado a la exigencia de responsabilidad civil por diversas vías así como el derecho a la rectificación o cancelación de los datos incluidos en tales ficheros.

¹ SSTS (Sala de lo Civil) núm. 660/2004 de 5 julio; núm. 284/2009 de 24 abril; núm. 226/2012 de 9 abril.

² SSTC núm. 139/2007 de 4 junio ; núm. 29/2009 de 26 enero FJ 5; STS (Sala de lo Civil) núm. 176/2013 FJ 6.

II.- FICHEROS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO Y FICHEROS DE MOROSOS

1- Normativa Aplicable.

1.1 Legislación Nacional

Para abordar el tema objeto de estudio es necesario conocer el ámbito normativo aplicable.

El desarrollo de las técnicas automatizadas ha tenido como consecuencia una importante vulnerabilidad de la privacidad, así como del derecho fundamental al honor. La Constitución española en su art. 18.4 CE prevé que *“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”*.

El TC, como ha señalado Sarazá Jimena³, ha considerado que dicho precepto constitucional consagra tanto un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, como también un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, 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. Se trata, según el TC, del derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona insertos en un programa informático, *«habeas data»* (SSTC núm. 254/ 1993 , de 20 julio; núm. 292/2000, de 30 noviembre). Y afirma el TC en las sentencias citadas que junto con un contenido negativo (limitar 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), este derecho fundamental tiene un contenido positivo, la atribución al afectado de determinadas posibilidades de actuación, de ciertas acciones para exigir a terceros un determinado comportamiento.

³ Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7, 2011, p.2. Doc. accesible en Aranzadi: <https://extranet.unavarra.es/maf/app/DanaInfo=aranzadi.aranzadidigital.es+document?docguid=I6ec75de0fb8011e0a91101000000000&srguid=i0ad60079000001437b517f546bc39755&src=withinResuts>).

Además, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 18.4 CE concurren dos conjuntos normativos, con distinto ámbito de protección y que ofrecen una defensa diferente de los derechos que pueden verse afectados:

- *Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en lo sucesivo LOPH).*

- *Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal junto con el RD 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 lo sucesivo LOPD y RD 1720/2007).*

La LOPD dedica a los ficheros su art. 29 y por su parte, el RD 1720/2007 dedica los arts. 38-44 a la regulación del régimen aplicable al tratamiento de datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito.

Asimismo, existen Instrucciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos. En relación a estas Instrucciones, la STC núm. 292/2000, de 30 noviembre, calificó la potestad de la AEPD de dictar Instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD⁴ como una «*potestad normativa*». Y la STS (Sala de lo Contencioso – Administrativo, sec. 6^a), de 16 febrero 2007, consideró que se trataba de una potestad reglamentaria derivada, encaminada a ordenar la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia «*ad extra*», propia de los organismos supervisores y de control de los respectivos sectores en que desenvuelven sus funciones. Entre otras, cabe destacar la *Instrucción 1/1995 de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a la prestación de servicios de información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito*. Por medio de dicha Instrucción y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 28.3 de la derogada LO 5/1992 (LORTAD), se precisaban las condiciones en las que había de practicarse la inclusión en ficheros de datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (hoy el art. 29 LOPD).

1.2 Legislación Internacional

El derecho a la protección de datos de carácter personal ha sido también objeto de regulación en el derecho convencional internacional sobre derechos humanos. Fue regulado de forma detallada en el *Convenio núm. 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*. Su importancia interpretativa a efectos de configurar el sentido y alcance del derecho fundamental reconocido en el art. 18.4 de la Constitución española fue reconocida por la STC núm.254/1993, de 20 julio. De hecho, la línea adoptada por el TC al reconocer que el art. 18.4 CE regula un derecho

⁴ Se refiere a la derogada a Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Actualmente sería la LOPD.

fundamental está claramente influida por el tratamiento que a esta cuestión se le dio en el citado Convenio ratificado por España.

El art. 5 del Convenio establece que los datos de carácter personal que fueran objeto de tratamiento automatizado deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado, exactos y, si fuera necesario, puestos al día. El art. 8 del Convenio establece como derechos de cualquier persona, entre otros, la comunicación al interesado de los datos personales que consten en el fichero en forma inteligible, y obtener, llegado el caso, la rectificación de dichos datos o el borrado de los mismos, cuando se hayan tratado con infracción de, entre otros, los principios de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud referidos en el art. 5 del Convenio.

Los dos elementos fundamentales que se repiten en la regulación contenida en el Convenio Internacional núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que se relacionan íntimamente entre sí, son como ha indicado Sarazá Jimena⁵, los de la exigencia de calidad en los datos personales objeto de tratamiento automatizado en ficheros, en sus aspectos de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud, y la concesión al afectado de un derecho de rectificación cuando sus datos personales hayan sido objeto de tratamiento sin respetar tales exigencias.

1.3 Legislación Comunitaria

Por último, la normativa comunitaria también ha concedido gran relevancia a la protección de datos de carácter personal y a los derechos de los ciudadanos. Así pues, la política europea de protección de datos personales tiene por objeto lograr el equilibrio entre un alto grado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea.

Por ello se han establecido límites estrictos a la recopilación y utilización de datos personales y se ha pedido que se cree, en cada Estado miembro, un organismo nacional independiente encargado de la protección de dichos datos.

Se han definido asimismo unos objetivos para proteger mejor la vida privada gracias a las tecnologías de la información y la comunicación y unas medidas precisas para lograr dichos objetivos.

El 25 de enero de 2012, la Comisión propuso una reforma generalizada de las normas de protección de datos de la UE de 1995 con el fin de afianzar los derechos a la privacidad en Internet e impulsar la economía digital en Europa⁶.

⁵ Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7, 2011, p.3.

⁶ Accesible en la página web EURO –LEX : http://eur-lex.europa.eu/es/dossier/dossier_02.htm.

El art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce como fundamental el derecho a la protección de los datos de carácter personal. A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los derechos fundamentales contenidos en tal carta, el legislador constituyente comunitario no se ha limitado a mencionar el derecho, sino que ha enunciado en el precepto su contenido esencial, al establecer en el párrafo 2º: *“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 su rectificación”*.

Por último, cabe señalar la 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 y concretamente el art. 23 referido a la responsabilidad⁷. La citada Directiva tiene un doble objetivo: por un lado, defender el derecho fundamental a la protección de datos y por otro lado, garantizar la libre circulación de estos datos entre los estados miembros. Sin embargo, conviene señalar que dicha Directiva pronto será sustituida por el Reglamento⁸ que se encuentra en tramitación en el Parlamento Europeo y se prevé que se apruebe antes de mayo de 2014. Este Reglamento introducirá en nuestra legislación las siguientes novedades:

1. Introducción de nuevos principios: como el principio de transparencia o la aclaración del principio de minimización de datos.
2. Introducción de nuevos derechos para los ciudadanos: se regularán por fin el “derecho al olvido” y el derecho a la supresión. Se incluye el derecho a la portabilidad de los datos (derecho a obtener los datos en formato electrónico), así como el derecho de oposición a la elaboración de perfiles.
3. Responsabilidad del responsable del tratamiento de datos: se imponen nuevas obligaciones a los responsables del tratamiento de los datos personales:
 - a. Los responsables en el tratamiento de datos personales deberán realizar evaluaciones de impacto en relación con la protección de datos. Cuando las operaciones de tratamiento entrañen riesgos específicos para los derechos y libertades de los interesados en razón de su naturaleza, alcance o fines, el responsable o el encargado del tratamiento, deberá llevar a cabo un Informe de Evaluación de Impacto de las operaciones de tratamiento previstas en la protección de datos.

⁷ Artículo 23 de Directiva 95/46/CE : Responsabilidad

1. *“Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido.*

2. *El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño”*.

⁸ El texto se incorpora al presente trabajo en el apartado de anexos.

b. Obligación de informar sobre posibles brechas de seguridad producidas por violaciones de datos personales a la autoridad de control (en España, la AEPD), a más tardar en el plazo de 24 horas después de que haya tenido constancia de ella.

c. Designación de un Delegado de Protección de Datos para los casos legalmente previstos.

4. Delegados de Protección de Datos: El responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos siempre que:

a) El tratamiento sea llevado a cabo por una autoridad u organismo públicos.

b) El tratamiento sea llevado a cabo por una empresa que emplee a 250 personas o más.

c) Las actividades principales del responsable o del encargado del tratamiento consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran un seguimiento periódico y sistemático de los interesados, con independencia del volumen de la empresa.

El Delegado de Protección de Datos será designado por un plazo mínimo de dos años, atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados de la legislación y las prácticas en materia de protección de datos.

Las principales obligaciones del Delegado de Protección de Datos serán supervisar la implementación y aplicación de las políticas de protección de datos, velar por el cumplimiento del Reglamento y ser el interlocutor entre las autoridades y la propia empresa.

Con esta nueva figura el Reglamento europeo ha querido recolocar la protección de datos en el lugar que se merece, dotando al tratamiento y la gestión de datos de un profesional especializado en la materia.

2.- Ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito y Ficheros de Morosos.

2.1 Definición de ficheros

La LOPD en su artículo 3 b) define fichero como *“todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”*. Entendiendo por datos de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”* (art.3 a) LOPD). Igualmente, el RD 1720/2007 en su art. 5.1 f) define un dato de carácter personal como *“cualquier información numérica, alfabética, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

El objeto de nuestro trabajo serán los llamados “Ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito” y “Ficheros de Morosos” regulados en el art. 29 LOPD.

Hoy en día, como han señalado algunos autores⁹, no existe duda alguna de la legalidad de dichos registros que se encuentra amparada en la normativa vigente, que no solo reconoce su adecuación a derecho, regulando los requisitos y condiciones que han de cumplirse para una correcta inclusión de datos personales en los mismos, garantizando, así, su fiabilidad y veracidad, sino que también prevé y reconoce el derecho de acceso a ellos por quienes requieren de su utilidad. El TC ha considerado que *los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, si bien no existe un derecho absoluto a su reserva y su protección no es ilimitada* (entre otras, STC núm.110/1984, de 26 noviembre). En particular, los registros de morosos, en los que se recogen datos relativos a la solvencia de las personas, son legítimos y cumplen una finalidad en el tráfico económico. Igualmente, el TS en su sentencia (Sala de lo Civil) núm.660/2004, de 5 julio, no señala la ilicitud del RAI respecto de morosos que lo sean en realidad sino que apunta, asimismo, que el ataque al honor lo conforma el hecho de la inclusión indebida en el registro de morosos por deuda inexistente, lo que supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena pues esta clase de registros suelen incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas. En relación a la ilicitud o no de los registros de morosos, Magro Servet¹⁰, confirma lo dicho por el TS en la citada sentencia de 2004.

Igualmente Carrancho Herrero¹¹, ha reconocido que los ficheros relativos a datos de solvencia patrimonial conocidos como listas de morosos son lícitos, pues son un instrumento útil para las entidades de crédito y, en general, para los operadores comerciales y de mercado.

2.2. Tipos de ficheros

La LOPD, como se ha señalado, no solo permite la existencia de los registros de morosos sino que puede servir como fundamento para el resarcimiento de los daños derivados de la inclusión en dichos registros¹² dado que el objeto de la citada Ley no es otro que el de proteger el derecho relativo a la protección de datos de carácter personal.

La LOPD distingue dos tipos de ficheros. Por un lado, los ficheros de titularidad pública y, por otro lado, los ficheros de titularidad privada. El objeto de nuestro estudio se centrará en los últimos, no obstante, conviene hacer unas pequeñas referencias sobre los ficheros de titularidad pública.

La LOPD se refiere a los ficheros de titularidad pública en los arts. 20-24. Así el art. 20.1 establece que “*La creación, modificación o supresión de los ficheros de las*

⁹ Carrancho Herrero, T; Mendoza Losana, A.I; Pérez de Ontiveros Baquero, C, entre otros.

¹⁰ Magro Servet, V.: “¿ Afecta al derecho al honor de un moroso que aparezca su nombre en un tablón de anuncios?”, Revista LA LEY, p. 3.

¹¹ Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos” Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Nº. 100, 2012, p. 24.

¹² V. *infra*, III.6.

Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o Diario oficial correspondiente". Por su parte, el art. 5.1 m) del RD 1720/2007 considera ficheros de titularidad pública a los ficheros de los que sean responsables los órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las instituciones autonómicas con funciones análogas a ellos, las Administraciones Públicas Territoriales, así como las entidades u organismos vinculados de éstas y las corporaciones de derecho público siempre que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público.

En caso de inclusión indebida en dichos ficheros, la demandas deberán dirigirse no a la jurisdicción ordinaria como en el caso de los ficheros de titularidad privada sino a la jurisdicción Contencioso–Administrativo. Así lo establece el art. 19.2 LOPD: *“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”*.

Lesmes Serrano¹³ entiende que el art. 19.2 LOPD contiene una concreción del principio contenido en el art. 106 CE, que otorga a los particulares el derecho a ser indemnizados en toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, en los términos establecidos en la Ley, y salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El incumplimiento de la Ley, en este ámbito, se integra en el concepto de funcionamiento anormal de los servicios públicos de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 noviembre (LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993 de 26 marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Publicas en materia de Responsabilidad.

2.3 Ficheros de titularidad privada: Ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito y Ficheros de Morosos

La mayoría de la doctrina entiende que bajo el término *“registro o fichero de morosos”* se suele englobar erróneamente todo lo previsto en el art. 29 LOPD. Sin embargo, a los registros de morosos únicamente se refiere el apartado segundo del citado precepto.

Si se analiza detenidamente el citado precepto se diferencian claramente dos tipos de registros de datos de carácter personal: por un lado, *los Registros de Solvencia Patrimonial y Crédito* (art. 29.1 LOPD) y por otro lado, *los Registros relativos al Cumplimiento o Incumplimiento de Obligaciones Dinerarias* o más coloquialmente conocidos como *Registros de Morosos* (art. 29.2 LOPD).

El art. 29.1 LOPD¹⁴ regula los llamados Ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito restringiendo a los mismos los datos obtenidos de fuentes accesibles al público

¹³ Lesmes Serrano, C.: “Ley de Protección de Datos. Análisis Jurisprudencial”, Lex Nova, 2008, pp. 396-397.

¹⁴ art. 29.1 LOPD Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito:

o datos procedentes de informaciones facilitadas por el interesado con su consentimiento. Álvarez Hernando¹⁵ ha entendido que la expresión “*solvencia patrimonial y crédito*” se refiere a la capacidad económica que posee una persona en un determinado momento para poder hacer frente a sus responsabilidades crediticias. En este tipo de ficheros es el propio interesado el que pone a disposición de una entidad datos relativos a su situación patrimonial o bien es la propia entidad la que obtiene los datos a través de cualquier fuente accesible al público. Por fuentes accesibles al público se entiende: 1) Registros: Registro Mercantil y de la Propiedad; 2) Fuentes accesibles al público: normalmente Boletines Oficiales o prensa; 3) Informaciones facilitadas por el afectado; 4) Cesiones consentidas por el propio afectado.

En ningún caso, ha señalado Álvarez Hernando¹⁶, es posible incorporar datos en estos ficheros que hayan sido obtenidos de los tablones de anuncios de los Juzgados.

En cambio, el art. 29.2 LOPD¹⁷ regula los llamados Ficheros de Cumplimiento o Incumplimiento de Obligaciones Dinerarias o coloquialmente conocidos como “Registro de Morosos”.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 15 julio 2010¹⁸ (RJ 2010/6272) «*la lectura de dichos apartados permite concluir, en una interpretación lógico-sistemática de los mismos, que el apartado 1 se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento y que el apartado 2 hace mención a los ficheros negativos o de incumplimiento, como sin dificultad se infiere, pese a la referencia al "cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones", de que se trata de datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés*».

Igualmente Hualde Manso¹⁹, sostiene que el apartado primero del art. 29 LOPD se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial en los que para el tratamiento de datos se exige que éstos hayan sido obtenidos de registros y fuentes accesibles al público o de informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento. “Son pues ficheros positivos” explica Hualde Manso. Por el contrario,

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

¹⁵ Álvarez Hernando, J.: “Guía Práctica sobre protección de datos. Cuestiones y formularios”.

¹⁶ Álvarez Hernando, J.: ob. Cit.

¹⁷ Art. 29.2 LOPD Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito:

“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”.

¹⁸ Destacar que junto a la Sentencia citada del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 15 julio 2010 (RJ/2010/6272) también se dictaron el mismo día dos sentencias más (RJ 2010/6271), (RJ 2011/954).

¹⁹ Hualde Manso, T.: “Ficheros de morosos, nulidad del Reglamento de Protección...”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2013, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 2013. Documento accesible en Aranzadi: <https://extranet.unavarra.es/maf/app/DanaInfo=aranzadi.aranzadidigital.es+document?docguid=I872bbb9053f511e3b4d2010000000000&sruid=i0ad6007a000001437b7adc1707fc749a&src=withinResuts>).

entiende que los ficheros contemplados en el número 2 del art. 29 LOPD son ficheros negativos o de incumplimiento puesto que en ellos se lleva a cabo un tratamiento de datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés. Hualde Manso afirma que no se trata de datos obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público, sino que es quien de forma exclusiva conoce datos acerca del incumplimiento de obligaciones pecuniarias quien incluye los datos del deudor en tales ficheros.

El mayor problema en relación a estos ficheros se encuentra con los regulados en el art. 29.2 LOPD. La AEPD en su Res. de 22 de enero de 2001 ha señalado que *“este tipo de ficheros contribuye, sin duda, a la salvaguarda del sistema financiero y de la economía en general por cuanto van a permitir a las entidades financieras, por un lado, el conocer de la solvencia de sus clientes y quiénes de estos clientes han incurrido en morosidad y por qué cuantía y, por otro lado, proporcionar igualmente 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...”*. Por su parte, Hualde Manso²⁰, destaca un dato que no debe perderse de vista respecto de los ficheros regulados en el art. 29.2 LOPD. Destaca la autora que todas las informaciones que se integran en estos ficheros del art. 29.2 LOPD proceden de una fuente interesada en que dichos datos se hagan públicos y no pueden ser conocidos más que por las informaciones que suministra esa fuente que es precisamente el acreedor. La publicidad que se suministra no se obtiene de una fuente pública de información ni tampoco de informaciones del propio afectado (el deudor) o de otro con consentimiento de éste. Es quien tiene un interés prioritario (el acreedor) quien introduce o cede los datos incluso contra la voluntad del deudor (aunque con su conocimiento) y si bien es cierto que terceros puedan recabar información y beneficiarse de la misma, el principal interesado es quien incluye los datos.

El mecanismo ordinario de funcionamiento de estos registros del art. 29.2 LOPD consiste en que las empresas que son titulares de los ficheros y prestan servicios de información sobre situación patrimonial y solvencia tienen un conjunto de empresas asociadas. Las empresas asociadas pueden acudir a consultar los datos de la entidad a la que pertenecen como asociados y que gestiona ese fichero en los casos previstos en el art. 42 RD 1720/2007²¹.

En este tipo de registros se establece la obligación de notificar a los interesados en el plazo de 30 días una referencia de los datos incluidos y a informarles del derecho que les asiste a recabar información de la totalidad de los datos (art. 40 RD 1720/2007).

Ahora bien, en la práctica como bien ha señalado Hualde Manso, dichos ficheros no concretan las informaciones ni contienen especificaciones acerca de las deudas salvo su importe. De los datos de un fichero se podrá obtener la identidad del deudor y del acreedor, el número de deuda y la cuantía de las mismas. No se señala si las deudas

²⁰ Hualde Manso, T.: ob. cit.

²¹ Estos casos son los previstos en el art. 42 RD 1720/2007:

- a) *“Que el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.*
- b) *Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio.*
- c) *Que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica”.*

proviene de un impago provocado por un desacuerdo en la facturación, de un cargo bancario devuelto por error, del giro de una cantidad tras haberse dado el cliente de baja en los servicios de la empresa que figura como acreedora, de un verdadero incumplimiento susceptible de exigencia jurídica, de un impago por falta de liquidez, por verdadera insolvencia del deudor... Esto posibilita, como ha criticado Hualde Manso, que estos ficheros se utilicen como medio de coacción para obligar al pago al deudor a pesar de que, por ejemplo, se esté discutiendo lícitamente un incumplimiento de la entidad financiera. En relación con esto, la reciente STS núm. 176/2013, de 6 marzo, establece que *“la inclusión (...) es 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 reclama (F.D. 5º)”*.

Por último, una característica común de ambos tipos de ficheros es que se establece como límite 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 hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si la deuda fuera periódica siempre que respondan con veracidad a la situación actual de los interesados”*.

2.4 Trascendencia del consentimiento del perjudicado.

El art. 3 h) LOPD define el consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*. Como regla general, el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado (art. 6.1 LOPD)²². Por su parte, el RD 1720/2007 se refiere a él en los arts. 5.1 d)²³ y 12 a 17.

El tratamiento de datos sin consentimiento del titular constituye una violación al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional, en su STC núm. 292/2000, de 30 noviembre *“...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar y, que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente*

²² Art. 6.1 LOPD Consentimiento del afectado

“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

²³ Art 5.1 d) RD 1720/2007 Consentimiento del interesado

“Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular... ”.

El consentimiento reúne determinadas características que deben respetarse, a saber:

-Es libre. Esto significa, por un lado, que no existe un deber de consentir y, por otro lado, que el consentimiento no debe estar viciado lo que implica que dicho consentimiento ha sido prestado libremente, es decir, no debe haberse obtenido con la intervención de vicio alguno, en los términos regulados por el art. 1265 CC (es decir, ausencia de violencia, intimidación, error y dolo).

- Es previo e informado, es decir, el afectado debe conocer plenamente y ser plenamente consciente, con anterioridad al tratamiento, de su existencia y de las finalidades para las que se produce.

-Es específico, es decir, referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento.

-Es inequívoco, por lo que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto) siendo preciso que exista una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.

-Es revocable. El art. 6.3 LOPD establece que el consentimiento prestado por un afectado puede ser revocado en cualquier momento “*siempre y cuando exista causa justificada para ello*” y “*no se le atribuyan efectos retroactivos*”. El art 17 RD 1720/2007 fija las condiciones y el procedimiento a través del cual se puede revocar el consentimiento prestado, ya sea de forma expresa o tácita²⁴.

Ahora bien, como excepción, el tratamiento puede realizarse sin el consentimiento del afectado cuando ello sea 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 la ley lo disponga. A esta excepción responde

²⁴ Art.17 RD 1720/2007 Revocación del consentimiento:

1. “El afectado podrá revocar su consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento. En particular, se considerará ajustado al RD 1720/2007 el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido.

No se considerarán conformes a lo dispuesto en la LOPD, los supuestos en que el responsable establezca como medio para que el interesado pueda manifestar su negativa al tratamiento el envío de cartas certificadas o envíos semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste adicional al interesado.

2. El responsable cesará en el tratamiento de los datos en el plazo máximo de diez días a contar desde el de la recepción de la revocación del consentimiento, sin perjuicio de su obligación de bloquear los datos conforme a lo dispuesto en el 16.3 LOPD.

3. Cuando el interesado hubiera solicitado del responsable del tratamiento la confirmación del cese en el tratamiento de sus datos, éste deberá responder expresamente a la solicitud.

4. Si los datos hubieran sido cedidos previamente, el responsable del tratamiento, una vez revocado el consentimiento, deberá comunicarlo a los cesionarios, en el plazo previsto en el apartado 2, para que éstos, cesen en el tratamiento de los datos en caso de que aún lo mantuvieran, conforme al 16.4 LOPD”.

la previsión del art. 29.2 LOPD de que pueden tratarse los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias. Este precepto establece que la inclusión la realiza el acreedor o quien actúe por su cuenta y establece un deber de notificación al titular de los datos. Se entiende aquí, por tanto, que no es necesario el consentimiento del titular para la inclusión en este tipo de ficheros por lo que la excepción al principio del consentimiento es absoluta.

Para contrarrestar esto se establece una cautela respecto a la regulación general, que es la obligación de notificación de la inclusión al afectado²⁵ y de la comunicación de su derecho a recibir información sobre sus datos.

La regulación legal de la cuestión del consentimiento aun así es bastante ambigua, lo que ha suscitado siempre problemas interpretativos. Un hecho relevante en la evolución de esta cuestión es que la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo interpuso un recurso contencioso administrativo (RJ 2010, 6271) contra el RD 1720/2007 en el que pedía la nulidad de algunos artículos debido a la infracción de los preceptos legales y constitucionales y la restricción de las libertades comunitarias de Libre Circulación.

El TS, en la sentencia (Sala de lo Contencioso –Administrativo) , de 15 julio 2010 (RJ 2010/6272) anula, por disconformes a Derecho, los artículos 11, 18, 38.1.a) inciso final, 38.2 y 123.2 del RD 1720/2007; pero además, el TS deja impregada la impugnación del art. 10.2.a) y b) por planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En lo que se refiere al consentimiento, la cuestión central se fundaba en si los arts. 10.2 a) y b) eran o no incompatibles con la Directiva 45/96/CE.

El TJCE se pronunció sobre dicha cuestión en sentencia de 24 noviembre 2011 estableciendo lo siguiente:

- El hecho de que se exija en la legislación nacional española el requisito adicional de que los datos figuren en fuentes accesible al público para eximir de la necesidad del consentimiento se opone a la Directiva y a la libre circulación de datos.
- El art. 7. F) de la Directiva tiene efecto directo.

En Sentencia (Sala de lo Contencioso - Administrativo), de 8 febrero 2012²⁶, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posible nulidad de los arts. 10.2 a) y b) del RD 1720/2007. El TS rechaza la impugnación del art. 10.2 a). Sin embargo, no cuestionándose la primacía del Derecho Comunitario, teniendo en cuenta las respuestas a la cuestión presentada ante el TJCE y dando cuenta de que el art. 10.2 b) del Reglamento es más restrictivo que el art. 7.f de la Directiva, se estima la anulación por disconforme a derecho del apartado b) del art. 10.2 del Reglamento.

A partir de dicha Sentencia ponderando el interés legítimo en cada caso con los derechos y libertades del interesado no se exige cumulativamente que los datos personales a incluir sean accesibles al público.

²⁵ V. *infra* II.2.6

²⁶ Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 febrero de 2012 (RJ 2012\3825).

2.5 Desarrollo reglamentario por RD 1720/2007

Los requisitos para la correcta inclusión en un registro de morosos se regulan en el propio artículo 29 de la LOPD, desarrollado por los artículos 38 a 44 del RD 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 y en la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito (Norma Primera, punto 1).

Tras la anulación parcial del RD 1720/2007 en la STS (Sala de lo Contencioso – Administrativo), de 15 julio 2010, quien incluya los datos (ya sea el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés) tiene la obligación de conservar, tener constancia documental y tener a disposición de la AEPD y del responsable del fichero los documentos justificativos de que se han cumplido ciertos requisitos, pero ante todo de que se ha requerido el pago previamente.

Para que los datos de carácter personal del moroso puedan ser cedidos al fichero de morosidad al que se refiere el art. 29.2 LOPD por el acreedor se han de cumplir, imprescindiblemente, una serie de *requisitos*²⁷, recogidos en el art. 38 RD 1720/2007.

- a) Que exista una deuda cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada.
- b) Que haya habido un requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.
- c) Que no hayan pasado seis años desde el vencimiento de la deuda.

En las próximas páginas se hará referencia, en primer lugar, a los cambios producidos en el art. 38 RD 1720/2007 (art. 38.1 a) y 38.2) con motivo de la STS (Sala de lo Contencioso –Administrativo), de 15 julio 2010 y, posteriormente, se procederá al análisis de los requisitos exigidos para la inclusión de una deuda en un registro de morosos.

1)Nulidad del art. 38.1 a) RD 1720/2007 por sentencia del TS (Sala Contencioso- Administrativo), de 15 julio 2010 (RJ 2010/6272).

El inciso del art. 38.1 a) del Reglamento exigía, en concreto, que *para la inclusión de los datos del deudor en el registro de morosos no se hubiera entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa respecto de la deuda, o tratándose de servicios financieros, una reclamación en los términos previstos en el reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.*

El precepto fue impugnado por ASNEF y el Tribunal Supremo declaró, en efecto, que el precepto no era conforme a Derecho y lo declaró nulo. Como ha indicado Carrancho Herrero²⁸, el recurrente señalaba que la redacción de la frase impugnada

²⁷ Para la exposición de los requisitos, nos basamos en lo confirmado por el TS en la última Sentencia(Sala de lo Civil) núm. 176/2013, de 6 de marzo.

establecía una presunción *iuris et de iure* de que la deuda no es cierta, ni vencida, ni exigible y que, 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 de convertir unilateralmente en controvertida una deuda que no lo es, entre otros argumentos. Por su parte, el Supremo, en el FJ 14º, indica que la exigencia de que la deuda sea cierta, responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el art. 4.3 LOPD²⁹. Lo relevante es, indica el Supremo, decidir si este apartado responde a la previsión del art. 4.3 y, a su juicio *“la respuesta debe ser negativa en atención a la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una concreción en su texto, no sólo de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas a que aquellos se refieren, sino también porque esa vaguedad permite considerar incluso cuando la reclamación se formule por el acreedor exista la imposibilidad de inclusión de los datos en el fichero”*.

En opinión de Carrancho Herrero, la referencia que hace a las reclamaciones de los acreedores como causa de exclusión no es procedente, puesto que los requisitos se refieren a los que debe de cumplir el acreedor que proporciona los datos, por tanto, cuando no sea el acreedor el que cuestione la deuda difícilmente podría admitirse que la incluyera en el registro de morosos como cierta y la falta de concreción en cuanto a los procedimientos no sabe si era tal, puesto que el requisito iba referido a los que pusieran en cuestión la deuda. Eliminar esa referencia, continúa diciendo Carrancho, supone que cuando el deudor, ante las exigencias del acreedor, decida impugnar ante los tribunales lo que se le reclama, por entender que la deuda o no existe o no es exigible en los términos que se le reclaman, se encontrará con que se le incluye en el registro de morosos por decisión unilateral del acreedor y esto sí que está en contra del principio de que no puede dejarse a la voluntad de una de las partes el cumplimiento.

En cuanto a que el deudor puede convertir en controvertida una deuda que no lo es mediante la reclamación judicial, o arbitral, puede ser así, pero no es menos cierto, dice Carrancho, que la reclamación puede calificarse de temeraria con las consecuencias que ello conlleva. Mientras que suprimiendo la frase del precepto se permite incluir deudas controvertidas, que pueden acabar declarándose inexistentes, y entre tanto el supuesto deudor ha podido verse afectado por la inclusión.

En opinión de Carrancho³⁰, no existe vaguedad alguna como señala el Supremo dado que no resulta necesario que se especifique el tipo de procedimientos judiciales, que serán los que se encuentren legalmente previstos en las normas procesales. Por lo que se refiere a los procedimientos arbitrales, ya se refiera al general o al particular establecido para los consumidores y usuarios, es un medio de resolución de controversias legalmente establecido, sometido a sus reglas respectivas, por lo que no parece tampoco que exista vaguedad alguna. En cuanto a las reclamaciones administrativas, es cierto que no son el medio más habitual de determinar la existencia o no de la deuda, admitiendo en este caso la vaguedad del precepto.

²⁸ Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos”, *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 100, 2012, p.25.

²⁹ art. 43 LOPD: *“Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”*.

³⁰ Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 100, 2012, p. 25.

Por su parte, Mendoza Losana³¹ ha indicado que, con todo, la anulación parcial del artículo 38.1 a) del RD 1720/2007 no significa que el TS acepte sin ambages la inclusión en un registro de morosos de una deuda de dudosa existencia. El TS es consciente de que se pueden producir efectos no deseados tanto si se acepta que los datos relativos a la deuda reclamada por vía administrativa, arbitral o judicial pueden incluirse en un registro de morosos como si se opta por la opción contraria. En el primer caso se establece una presunción *iuris et de iure* de certeza de la deuda a favor del acreedor y en el segundo caso una presunción de no de certeza de la deuda a favor del deudor. Ni lo uno ni lo otro se compagina bien con la exigencia de veracidad de la deuda derivada de los artículos 4.3 y 29.4 de la LOPD. El problema entiende que es que la calificación de una deuda como cierta o exigible no siempre es sencilla, por lo que en aquellos casos en los que le conste a la parte acreedora la oposición del deudor y se trate de una alegación que presente cierta solidez, no parece justificada la inclusión en el registro de morosos.

Afirmar que la presentación de una reclamación, incluso judicial, no impide la inclusión en el registro de morosos representa una amenaza al derecho a la tutela judicial efectiva, que el TS no puede amparar. Tal interpretación supone aceptar que cabe incluir en el citado registro datos sobre una deuda de dudosa existencia y que por ende, se atribuye al acreedor un medio exorbitante para exigir el pago anticipado a la resolución final del conflicto. En palabras de la Audiencia Nacional, *“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”* (SAN 20 abril 2006), *“pudiendo ocasionar daños, a veces irreparables al deudor, en la medida en la que la inclusión de datos erróneos en los registros de referencia lesiona el honor”* (SSTS núm. 284/2009, de 24 abril; núm. 226/20012 , de 9 abril).

Igualmente en sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm.176/2013, de 6 marzo , el Supremo entiende que *“los registros de morosos constituyen medios de presión para hacer efectivo el pago por lo que sus responsables deben extremar la diligencia para evitar posibles errores”* (FJ 4º y 5º). Es el propio Tribunal Supremo quien afirma esta cualidad de los ficheros de morosos los cuales *“No pueden ser utilizados por las grandes empresas como medios de presión para hacer efectivo el pago de deudas, a menudo de escasa cuantía, ahorrándose los costes de exigir el pago por la vía judicial”*. Por ello, Losana Mendoza³² concluye que quienes ceden datos a ficheros de información sobre la solvencia patrimonial han de extremar la diligencia para que los datos cedidos sean veraces y realmente informen sobre la solvencia patrimonial de las personas (en el mismo sentido, la ya citada STS, Sala de lo Civil, núm. 226/2012 de 9

³¹ Mendoza Losana, A.I.: “Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos” , Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 4, 2012 pp. 149-151.

³² Mendoza Losana, A.I.: “La inclusión en un registro de morosos por una deuda dudosa vulnera el derecho al honor”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), p. 257.

abril). Considera el TS que “acudir a un método de presión como es la inclusión en los registros de morosos representa una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por el desvalor social que actualmente comporta estar incluida en un registro de morosos y aparecer ante la multitud de asociados de estos registros como morosa sin serlo, que hace desmerecer el honor al afectar directamente a la capacidad económica y al prestigio personal de cualquier ciudadano entendiendo que tal actuación es abusiva y desproporcionada”³³.

Para comprender bien el alcance de la doctrina del TS es preciso reparar en que el motivo de nulidad invocado no es tanto de fondo como de forma. Mendoza Losana sostiene que lo que se reprocha al precepto reglamentario es su falta de concreción y por ello, se declara nulo lo cual no significa en modo alguno que el TS admita la inclusión de datos en un registro de morosos de una deuda cuestionada.

En su redacción original, el artículo 38.1 a) suponía que tanto el acreedor como el responsable del fichero podrían ser sancionados por incluir datos en el registro de morosos habiéndose presentado cualquier tipo de reclamación contra la deuda. Sin embargo, una cosa es la exigencia de seguridad derivada del Derecho sancionador y otra la exigencia de veracidad de la deuda derivada de la LOPD. Sin perjuicio de la anulación parcial del artículo 38.1a) del RD 1720/2007, la diligencia exigible a un profesional del tráfico jurídico mercantil obligará al acreedor a comprobar lo fundado de la reclamación. Así, el acreedor que cede datos sobre una deuda no cometerá infracción por el solo hecho de existir una reclamación, pero sí podrá ser sancionado por ceder datos erróneos o no veraces por responder a deudas no ciertas, si la resolución final considera inexistente la deuda y, en cualquier caso, el usuario reclamante tendrá derecho a exigir la cancelación de los datos por incumplir los requisitos de veracidad exigidos por el artículo 4.3 de la LOPD, por la parte no anulada del artículo 38.1a) del RD 1720/2007 y por la norma primera de la Instrucción 1/1995. En ese sentido, la sentencia del TS núm. 176/2013, de 6 marzo (FJ 6º) admite que la publicación de datos sobre deudas dudosas vulnera el derecho al honor por faltar el requisito de la calidad de los datos (art. 4, 6 y 29 Ley Orgánica 15/1999 y normas de desarrollo) y la “veracidad” de la información publicada en los términos definidos por reiterada jurisprudencia (SSTC núm. 139/2007 ; núm. 29/2009 de 26 de enero -FJ 5-).

Por su parte, Hualde Manso³⁴ ha entendido que la motivación de la citada Sentencia de 15 julio 2010 que declaró la nulidad del art. 38.1 a) del Reglamento tiene un especial cuidado en precisar que sólo la demanda iniciada por el acreedor es la que no podría impedir la inclusión, por ello y *a sensu contrario* , la iniciada por el afectado precisamente para dilucidar la deuda que se le reclama sí impediría la citada inclusión. Entiende que es lógico que así sea. El acreedor tendrá interés en el cobro de lo que se le debe y su reclamación por vía judicial o por vía arbitral no tiene sentido que impida el acceso a los ficheros de solvencia de la deuda respecto de la que pretende el pago. En ese sentido considera correcta la argumentación del Tribunal Supremo. Por el contrario, considera que cuando es el deudor afectado por la inclusión de datos el que plantea demanda judicial o arbitral para que se declare, bien la improcedencia de la deuda, bien

³³ Mendoza Losana.:ob. Cit..p.256.

³⁴ Hualde Manso, T.: “Ficheros de morosos, nulidad del Reglamento de Protección...” , Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2013 ,Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 2013, p.5.

su cuantía, bien otros extremos de la misma, tal circunstancia tiene consecuencias en los ficheros de solvencia, ya sea impidiendo su inclusión ya sea encriptando provisionalmente los datos o cancelándolos provisionalmente. De no ser así se daría la paradoja de que el fichero publicaría datos que no responden al principio de veracidad y certeza y que podrían estar en contradicción con el pronunciamiento final del pleito o del procedimiento arbitral, además de la afectación al derecho al honor que conllevaría.

En resumen, la presentación de una reclamación no impide la inclusión en el registro de morosos, pero sí permite cuestionar la certeza de la deuda y por ello ejercer el derecho a la cancelación del dato. Sin perjuicio de la nulidad parcial del artículo 38.1.a) del RD 1720/2007 declarada por el TS, el principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) y la diligencia mínima exigible a cualquier responsable de un fichero o de un tratamiento de datos obligan a éste a no incluir en el fichero los datos sobre una deuda objeto de controversia.

2)Nulidad del art. 38.2 RD 1720/2007 por sentencia del TS (Sala de lo Contencioso –Administrativo), de 15 julio 2010.

La sentencia anuló también el apartado 2 del art. 38 del Reglamento que preveía la no inclusión en el fichero (o la cancelación si ya estaban incluidos) de los datos personales «sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores» y que tal “*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*”. En el FJ 14º el Supremo justifica la nulidad diciendo que “*la norma, sin duda, quiere responder al principio de calidad de datos y no tipifica ex novo ninguna infracción, como alegaba el recurrente*”. 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 -dice el Tribunal Supremo- que lo hace en términos tales que origina una gran inseguridad jurídica que puede dar lugar a la apertura de expedientes sancionadores*». La inseguridad deriva del hecho de que la norma no concreta qué principio de prueba exige, y ello “*junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse*”. El motivo de nulidad, por tanto, es la falta de concreción al no determinar de qué prueba (documental, pericial...) se trata.

En cambio, la norma primera de la Instrucción 1/1995 prevé que no podrán incluirse en los ficheros de información sobre solvencia patrimonial datos personales sobre los que exista un indicio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos exigidos. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero. El precepto reglamentario resulta anulado por la generalidad con la que admite la prueba de indicios y por ende por la generalidad con la que tipifica la infracción sancionable. No incurre, sin embargo, en esta generalidad la norma primera de la Instrucción de referencia que concreta su exigencia a la prueba documental. El reglamento, en opinión

de Carracho Herrero³⁵, debería modificarse en este punto e incluir la previsión anulada, pero especificando los medios de prueba, como hace la Instrucción.

3) *Requisitos para la inclusión en un registro de morosos*

Con carácter inicial debe advertirse que, según dispone el art. 43.1 RD 1720/2007, la comprobación de que se dan los requisitos marcados por la ley para el registro de los datos compete al “*acreditor o quien actúe por su cuenta o interés*”. Si las informaciones sobre insolvencia son incorrectas o no concurren los requisitos reseñados en el art. 38.1 a) RD 1720/2007, el acreedor debe abstenerse de realizar esa cesión, exigencia que deriva de la buena fe contractual y de la prohibición en que se sustancia esa previsión normativa de la protección de datos; y, si no actúa así, incumplirá con la obligación que le impone el art. 43.1 RD 1720/2007, desatándose las consecuencias administrativas y civiles que prevé la legislación protectora de los datos personales³⁶.

A) El art. 29.4 LOPD establece que los ficheros sólo pueden registrar y ceder los datos de carácter personal que *sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados*.

Del tenor de este precepto se desprende que la cesión de los datos contenidos en los ficheros de morosidad se encuentra admitida por la LOPD siempre y cuando la finalidad de la cesión se encuentre relacionada con el enjuiciamiento de la solvencia económica de los interesados, siendo los datos pertinentes para tal fin, y exigiéndose que la cesión quede perfilada y delimitada “*por la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretende comunicar*”.

Asimismo, el art. 41.1 RD 1720/2007 establece que sólo pueden ser objeto de tratamiento *los datos que respondan con veracidad a la situación de la deuda en cada momento concreto*. Por tanto, el pago o cumplimiento de la deuda traerá consigo la cancelación de todo dato en el fichero.

La LOPD en su artículo 4.3, exige que *los datos que se transmitan y se publiquen sean exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado*. De donde se desprende que la veracidad no se ha de predicar solo de la realidad de la deuda, sino también respecto de la solvencia del incluido en las listas a pesar de la deuda. Ello implica tener que llevar a cabo, por un lado, una valoración de la relevancia de los datos publicados y su repercusión, y por otro lado, una valoración de la situación real de las obligaciones económicas del afectado o de su solvencia real.

³⁵ Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos” *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 100, 2012, p.26.

³⁶ Egusquiza Balmaseda, M^a.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos”, Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. n.º 29-2012, p.24.

La inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos reviste gran trascendencia por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia la misma, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser, como ya hemos señalado, de la máxima diligencia para evitar posibles errores. La veracidad de la información es pues el parámetro que condiciona la existencia o no de intromisión ilegítima en el derecho al honor, hasta tal punto que la STS (Sala de lo Civil) núm. 660/2004, de 5 julio, señala que *la veracidad de los hechos excluye la protección del derecho al honor*; en efecto, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que sea legítimo el derecho constitucional de comunicar libremente información es preciso entre otros requisitos que lo informado sea veraz, lo que supone el deber especial del informador de comprobar la autenticidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, empleando la diligencia que, en función de las circunstancias de lo informado, medio utilizado y propósito pretendido, resulte exigible al informador.

En el mismo sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia núm. 284/2009, de 24 abril ha mantenido que *“la inclusión de una persona en el llamado registro de morosos, erróneamente, sin que concurra 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 estimación”*.

B) Que exista una deuda cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada (art 38.1 a) RD 1720/2007).

La certeza alude civilmente a la inexistencia de duda o controversia alguna respecto de la deuda (artículo 1091 Código Civil³⁷). En caso de duda o de controversia, la deuda deviene incierta, y dicha controversia puede afectar a la deuda en sí misma, como sucede cuando se pretende la declaración de nulidad que, en caso de reconocerse, determinará que no existirá deuda y sí obligación con origen legal de restitución entre las partes (artículo 1303 Código Civil), obligación nacida *ex novo*.

En cuanto al requisito de deuda vencida y exigible, una deuda estará vencida cuando haya transcurrido el plazo fijado para su cumplimiento. Como recoge el artículo 1125 Código Civil: *“la deuda será exigible cuando llegue el día cierto señalado para su cumplimiento”*. Como ha señalado Díez-Picazo³⁸, la llegada del día determina la exigibilidad. En su opinión, el art.1125 CC puntualiza que las obligaciones sólo serán exigibles cuando el día llegue, por consiguiente, el acreedor no podrá reclamar el crédito antes de tiempo y, si lo hace, el deudor podrá paralizar su reclamación (excepción de falta de vencimiento o *plus petitio tempore*). De la misma manera, para el deudor, el *dies solutionis* opera como momento de vencimiento, es decir, como momento de cumplimiento de su deber jurídico, ello quiere decir que, por regla general,

³⁷ Artículo 1091 CC:

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

³⁸ Díez – Picazo, L.: “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Thomson Civitas, 6ªEd, 2008.

el deudor no puede tratar de liberarse antes de la llegada del tiempo y que el acreedor puede justamente rehusar o rechazar un adelanto de pago.

En línea de principio, entiende Diez- Picazo que la dilación en la exigibilidad y en el vencimiento de la obligación sólo existe si se ha establecido expresamente un *dies solutionis*. Las obligaciones a las cuales no se ha señalado plazo, son exigibles inmediatamente conforme al art. 1113 CC. Los imperativos de la buena fe permiten entender, sin embargo, que el deudor debe disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación, cuando, aun siendo ésta inmediata, de su naturaleza o de las circunstancias se desprenda que un lapso aunque sea mínimo es necesario.

Por tanto, la valoración en sí de los requisitos de certidumbre, vencimiento y exigibilidad de la deuda, determinados en el art. 38.1 a) RD 1720/2007 y necesarios para el registro legítimo de la información, no plantea más cuestiones que las conocidas y reiteradas por la doctrina y la jurisprudencia sobre la consideración de una deuda como existente, determinada, líquida, con plazo o condición cumplido, o la constitución en mora del deudor³⁹.

Así pues, trasladando dichos requisitos a la práctica de los registros de morosos, la Sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm. 176/2013, de 6 marzo, en palabras de Mendoza Losana⁴⁰, establece que la normativa de protección de datos “descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados [...] y en cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, **inequívoca, indudable**, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto **no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio**, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza” (FJ 4º).

Que la deuda sea «cierta» por tanto, responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el art. 4.3 LOPD, al expresar que «los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado». En conclusión, la certeza de la deuda y su exigibilidad serán presupuestos para la inclusión en los registros.

Por último, el art. 38.1 RD 1720/2007 exige que la deuda cuya vigencia permite incluir los datos personales en un fichero de solvencia patrimonial o de crédito haya resultado impagada. El pago o cumplimiento es una forma de extinción de las obligaciones, así lo establece el art 1156.1 del CC. Esta obligación de “borrado de los datos” afectará también al llamado “saldo cero”, ya que el requerimiento de que los datos sean “veraces y actuales” conlleva que no puedan mantenerse referencias negativas sobre incumplimientos pasados, reflejando que no se estuvo al corriente de

³⁹ Egusquiza Balmaseda, M^a.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos”, Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.: Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. n° 29-2012, p.26.

⁴⁰ Mendoza Losana, A.I.: “La inclusión en un registro de morosos por una deuda dudosa vulnera el derecho al honor”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), p. 257.

pago en deudas anteriores⁴¹. En relación a esto, resulta interesante referirse a una cuestión muy criticada y debatida por la doctrina, coloquialmente conocido como el “Saldo Cero”⁴².

C) *Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico.* (38.1 c) RD 1720/2007).

El plazo de seis años está previsto en la LOPD, cuyo art. 29.4 dispone: «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 aquellos».

Ninguna objeción merece la exigencia de que se produzcan tantos asientos como vencimientos periódicos de la deuda. Pero merece algún comentario la fijación de un único plazo de seis años y la determinación del *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo.

Álvarez Hernando⁴³, ha indicado que esto no significa que el tratamiento pueda mantenerse durante un periodo de seis años, sino que la información contenida en el fichero se debe referir a hechos que sucedieron, como máximo, seis años atrás.

La Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, estableció en la norma tercera⁴⁴ que el plazo de seis años debía computarse a partir del momento de la inclusión del dato en el fichero; en cambio, el art. 38.1.b) RD 1720/2007 fija los seis años «*desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico*».

En opinión de Parra Lucán⁴⁵, se trata de un plazo único, a contar desde el vencimiento de la obligación, pero con independencia de los plazos de prescripción que correspondan según el tipo de deuda (el plazo general de quince años para las obligaciones personales, cinco para los pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, pero hay otros plazos diferentes en el Código de comercio y en leyes especiales). La falta de ajuste entre el plazo de vida de los datos que pueden incluirse en los ficheros y la regulación de la prescripción sin duda facilita la aplicación de la normativa de protección de datos, cuya competencia se encomienda a un órgano de la Administración, la Agencia Española de Protección de Datos.

⁴¹ Así se indica en el FD 17 de la STS de 15 julio 2010 (RJ 2010,6272).

⁴² V. *infra*, II.2.9.

⁴³ Álvarez Hernando, J.: “Guía práctica sobre protección de datos”, Edic 1ª, Ed. Lex Nova, Vol. 1º, 2011, p.304.

⁴⁴ La norma Tercera Instrucción 1/1995 señalaba que respecto del cómputo del plazo... “*se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico*”.

⁴⁵ Parra Lucán, Mª. A.: “Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos”, Revista Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3, 2011 p. 8.

Sin embargo, la fijación de un único plazo de seis años desde el momento de vencimiento de la obligación puede impedir el acceso a los ficheros de datos de solvencia patrimonial de deudas que todavía no han prescrito y que pueden ser reclamadas (si bien el acreedor no parece haberse molestado en exigir su cumplimiento); por el contrario, no podrá impedirse el acceso de deudas frente a cuya reclamación el deudor pueda oponer con éxito la prescripción mediante la invocación del plazo de seis años previsto en la normativa de protección de datos sino tan solo, en su caso, mediante la demostración de que la deuda ha prescrito y por tanto no es «cierta». Claro que, puesto que en nuestro Derecho la prescripción no extingue automáticamente la deuda, siempre podría discutirse si, pese a su prescripción, debe considerarse que debe seguir figurando en el registro. Con todo, puede concluirse, sólo de forma defectuosa se cumple la exigencia de que los datos de carácter personal, de conformidad con el art. 4.3 de la LOPD sean exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

En opinión de García Izquierdo, el periodo de tiempo en que los datos personales pueden permanecer en el fichero viene resuelto en el citado 29.4 LOPD. Es decir, que los datos adversos, esto es, los que puedan influenciar negativamente en el crédito del afectado, o simplemente se refieran a su morosidad, deben desaparecer del fichero cuando transcurran seis años, plazo éste que habrá de computarse, en su opinión conforme a lo establecido en la Norma Tercera de la Instrucción 1/1995 (“*se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero*”).

Por último, Eguzquiza Balmaseda explica que el requisito de la no incorporación al fichero de los datos atinentes a las obligaciones incumplidas si han “*transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico*”, confiere indudablemente un grado elevado de seguridad jurídica al responsable del tratamiento, puesto que fija un plazo único a todo tipo de obligación incumplida para limitar su acceso al registro de morosos. Pero, desde la perspectiva civil, la valoración de esta regla no resulta tan positiva y puede generar situaciones paradójicas, propiciando contradicciones entre la realidad jurídico-sustantiva del cumplimiento de la obligación y la estimación de la deuda a los efectos de la protección de datos.

El problema radica en opinión de Eguzquiza Balmaseda en que ese plazo único de seis años, que fija el art. 38.1 b) RD 1720/2007, en buena parte de las ocasiones no coincide con el de la prescripción de las obligaciones cuyos datos son objeto de tratamiento. Así, en el caso de que el plazo de prescripción de la obligación incumplida resulte superior a seis años, por previsión legal –caso del art. 1964 CC- o interrupción del plazo – por ej., art. 1966 CC- ese límite temporal para la protección de los datos de insolvencia impedirá el acceso al registro de una deuda real que es cierta, vencida y exigible ante los tribunales, y que cumple los requisitos del art. 38-1 a) RD 1720/2007. Por el contrario, si la obligación pecuniaria se encuentra sujeta a un plazo prescriptivo inferior al indicado -seis años- (por ej., las de los arts. 1967 y ss. CC), se plantea la paradoja de que el tenor literal del precepto permite la inclusión en el fichero de “morosos” de una deuda ya prescrita.

Como se reconoce reiteradamente por la jurisprudencia, la prescripción no opera automáticamente, ni puede ser apreciada de oficio por los Tribunales, sino que debe ser invocada por el interesado⁴⁶. Pero estas consideraciones, continúa diciendo Egusquiza no deben llevar a entender que, a los efectos de la protección de datos, la deuda prescrita suponga un dato inscribible en el registro de morosos por su posible ajuste a las exigencias del art. 38.1 a) RD 1720/2007. Así pues, Egusquiza explica que si el deudor alega la prescripción ganada, frente al requerimiento de pago que le realice el acreedor *ex art. 38.1 c) RD 1720/2007*, éste no podrá desconocer esta circunstancia y ceder legítimamente ese dato, ya que el deudor habrá procedido a extinguir ese derecho y no cabrá reputar la deuda de “existente y cierta”. Por tanto, aunque pueda discutirse –en el ámbito sancionador- la legitimidad de la actuación del responsable del tratamiento al registrar ese dato, la petición que inste el deudor solicitando la eliminación del mismo debe ser atendida de forma inmediata e inexcusable.. El carácter garantista que preside la regulación de protección de datos restringe interpretaciones extensivas que amparen la incorporación a esos ficheros de deudas que sean dudosas, y no debe admitirse como lícita la práctica del tratamiento de tales informaciones.

D) Que haya habido un requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

Es indispensable el requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación. Corresponde al acreedor probar que se ha realizado este requerimiento que en todo caso debe ser dirigido a una persona en concreto y debe contener el importe exacto de lo reclamado, ya que de otra forma no sería considerado válido al igual que no lo sería requerir por un importe inferior a la cantidad que posteriormente se anota en el fichero⁴⁷.

La exigencia de previo requerimiento de pago para el inicio del tratamiento, resulta de todo punto positiva. Egusquiza Balmaseda⁴⁸ entiende que se ajusta a la idea de que una decisión de esa trascendencia, como es que se incluya a alguien en un fichero de morosos, se debe adoptar habiéndose agotado toda posibilidad de cobro. Éste es un requisito de carácter autónomo y ha de cumplirse con independencia de lo que resulte de las reglas generales sobre la constitución en mora del deudor, pues obedece a la idea general del fiel reflejo de la realidad del incumplimiento. Ese requerimiento, explica Egusquiza, puede llevarse a cabo de cualquier forma -extrajudicial o judicialmente-, correspondiendo al acreedor la obligación de probar que cumplió dicha exigencia antes de ceder los datos. En este requerimiento habrá que señalar la cuantía de la deuda y el deudor interpelado, con el fin de cumplir las exigencias del principio de calidad de los datos sobre exactitud de la deuda, aun cuando no lo indique explícitamente el art. 38.1 c) RD 1720/2007. Cuando exista una pluralidad de deudores, y la deuda sea mancomunada divisible, para la incorporación al fichero de morosos de cada uno de ellos bastará el requerimiento individual que se les haya hecho por el importe de la parte que adeuden (art. 1138 CC). Aunque, si tratara de deudores

⁴⁶ (SSTS 12 mayo 2005 (RJ 2003,3898), 9 julio 2001 (RJ 2001, 4997), 22 diciembre 2000 (RJ 2000, 10137))

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sec 1ª), de 3 de Mayo 2007.

⁴⁸ Egusquiza Balmaseda, Mª.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos”, Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.:Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. nº 29-2012, p.27-28.

solidarios, habrá que reclamar a todos ellos el pago íntegro de lo adeudado y esperar a su resultado antes de incluir la deuda en el registro de morosos (art. 1137 CC). Asimismo, cuando la obligación esté garantizada con fianza o aval, habrá que agotar todas las vías de satisfacción de crédito y demandar al avalista o al fiador el cumplimiento de la garantía que prestaron, antes ceder al fichero de morosos el dato de incumplimiento de la obligación principal garantizada.

En ningún caso puede entenderse como efectuado un requerimiento previo de pago por la simple remisión al afectado de una determinada factura.

Por otro lado, como exige el art. 39 RD 1720/ 2007, ***el acreedor viene obligado a informar al deudor*** en el momento en que se celebre el contrato, y en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento, que en caso de no producirse el pago en el término previsto si se cumplen los requisitos, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Este deber de información no exime de cumplir todos los requisitos establecidos para que la inclusión en el registro se entienda ajustada a Derecho⁴⁹.

En conclusión, como ha señalado la mayoría de la doctrina⁵⁰, es de suma importancia la correcta apreciación de los requisitos exigidos en la legislación vigente para legitimar la inclusión de datos personales en los citados registros. Es cierto que en el momento actual de crisis económica dichos ficheros desempeñan una función fundamental, por lo que resulta necesario que se les exija la exactitud y veracidad de los datos que en ellos se contienen, cuya certeza y corrección afecta no sólo al propio perjudicado sino también a terceros interesados que por razón de su actividad deben conocer la situación económica del contratante así como cuál ha venido siendo su grado de cumplimiento.

2.6 Notificación de la inclusión en un fichero de morosos.

Los arts. 29.2 LOPD y 40.1 RD 1720/2007 establecen que se debe notificar a los interesados respecto de los que se 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 debe informar de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, es decir, de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Estos preceptos deben ser interpretados de forma congruente con lo dispuesto en el art. 5.4 LOPD, que consagra el deber de información al afectado del tratamiento de sus datos cuando, como sucede en el presente supuesto, dichos datos no hayan sido recabados directamente de aquél. El principio de información citado tiene su fundamento en que, de otro modo, resultaría imposible para el deudor la rectificación de los datos que hubieran sido erróneamente incluidos en el fichero, toda vez que carecería

⁴⁹ Álvarez Hernando, J.: “Guía práctica sobre protección de datos. Cuestiones y formularios”, Ed 1ª, Lex Nova, Vol. 1º, 2011 p.305.

⁵⁰ Parra Lucán, Mª.A.; Carrancho Herrero, T.; Álvarez Hernando, J.; Sarazá Jimena, R.; Magro Servet, V., entre otros.

de información suficiente acerca de cada uno de los elementos del crédito, en principio, impagado, cual es la identidad del supuesto acreedor. Es decir, si el deudor no tiene conocimiento del dato del acreedor carecería de información que le permitiese invocar que el pago ha sido realmente satisfecho o incluso alegar y acreditar la inexistencia de la deuda incorporada al fichero de solvencia.

Por otro lado, el art. 40.2 RD 1720/2007 establece que se debe realizar una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o distintos acreedores. Además, los apartados 3 y 4 establecen que la notificación debe efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que le permita acreditar la efectiva realización de los envíos, y exigen que el responsable pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa, en cuyo caso no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado.

2.7 Derechos del titular de los datos incluidos en el fichero de morosidad⁵¹

El titular de los datos tiene reconocidos los derechos que se regulan en los arts. 15 y ss. LOPD. Estos derechos son: el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como derechos ARCO. A través de estos derechos se puede conocer qué información personal se está tratando por un responsable, de quién o de dónde se obtuvieron los datos y a quién le han cedido, modificar o rectificar errores, cancelar datos que no se deberían estar tratando u oponerse a tratamientos de datos personales realizados sin consentimiento.

El ejercicio de tales derechos es personalísimo⁵², y debe, por tanto, ser ejercido directamente por los interesados ante cada uno de los responsables de los ficheros. Esta afirmación, aunque cierta, entiende Egusquiza Balmaseda⁵³, que se encuentra atemperada, pues cabe el ejercicio de esas facultades mediante representación voluntaria y, cuando sea necesario, mediante la representación legal.

El art. 23.1 a) RD 1720/2007 dispone que, además del propio titular de los datos, gozan de legitimación para el ejercicio de “*los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición*”, los representantes voluntarios⁵⁴. Para ello, explica Egusquiza, el titular del derecho tendrá que llevar a cabo un apoderamiento específico, determinado expresamente las facultades que quiere conferir a su representante y los sujetos -

⁵¹ Información accesible en la página web de la Agencia Española de Protección de datos: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/jornadas/dia_proteccion_2011/ciudadano/derechos-ides-idphp.php.

⁵² Egusquiza Balmaseda, M^a.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos”, Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. n.º 29-2012, pp.10; Agencia Española de Protección de datos “El derecho fundamental a la protección de datos. Guía para el ciudadano”, p.22.

⁵³ Egusquiza Balmaseda, M^a.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos”, Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. n.º 29-2012, pp.10.

⁵⁴ Art. 23.2 c) : “*Los derechos también podrán ejercitarse a través de representante voluntario, expresamente designado para el ejercicio del derecho. En ese caso, deberá constar claramente acreditada la identidad del representado, mediante la aportación de copia de su Documento Nacional de Identidad o documento equivalente, y la representación conferida por aquél*”.

responsables o titulares del fichero- frente a los que le representará. Se aplican a este tipo de situaciones las reglas previstas para el mandato expreso (artículos 1709 a 1739 del CC), ya que se plantea la actuación por sustitución voluntaria de un derecho de carácter personalísimo. El representante tendrá que acreditar “*la identidad del representado, mediante la aportación de copia de su Documento Nacional de Identidad o documento equivalente, y la representación conferida por aquél*” -por acta notarial o cualquier documento privado que deje constancia de este extremo- (art. 23.2c) RD 1720/2007). Si el responsable del fichero es un órgano de las Administraciones Públicas o de la Administración de Justicia cabrá el apoderamiento *apud acta*, según las reglas que son de aplicación al caso (art. 24.1 LEC y art. 32.3 LRJ-PAC) (art. 23.2 c) RD 1720/2007).

Igualmente, el Reglamento reconoce también legitimación a los representantes legales para el ejercicio de los derechos concernientes a la protección de datos de las personas que se encuentran bajo su cuidado. El hecho de que el titular de las informaciones no pueda tutelar por sí su esfera personal, por concurrir en él una situación de “*incapacidad o minoría de edad*”, no impide que su defensa pueda efectuarla su “*representante legal*”, en la línea de lo reconocido en otras esferas de la vida –por ej. la separación o el divorcio (STS 21 de septiembre 2011 (ROJ 5855, 2011))-). Aunque, para ello, el representante legal tendrá que acreditar su condición de tal⁵⁵ (art. 23.2 b) RD 1720/2007) y justificar el interés que pueda tener para su representado esa actuación.

A) Derecho de acceso:

Este derecho se encuentra regulado en el Título III de la LOPD (art.15) y en los arts. 27 a 30 del RD 1720/2007.

El derecho de acceso faculta al ciudadano para dirigirse al responsable del fichero que supone que está utilizando sus datos y requerirle para que le facilite la siguiente información:

- Información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento.
- Finalidad del tratamiento que se está realizando.
- Información disponible sobre el origen de los datos y las cesiones realizadas a terceros.

Si la solicitud se dirige al responsable del fichero, éste ha de comunicar los datos registrados en el mismo así como las evaluaciones o apreciaciones hechas durante los últimos 6 meses, así como el nombre y dirección de quienes las hicieran.

El ejercicio de dicho derecho puede realizarse utilizando dos vías, bien utilizando los medios que el propio responsable del fichero disponga para ello (atención al cliente) o bien mediante comunicación por escrito.

⁵⁵ Puente Escobar, A.: “Derechos de las personas”, 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), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 256 y ss..

B) Derecho de rectificación:

Este derecho se caracteriza porque permite corregir errores, modificar los datos que resulten ser inexactos o incompletos y garantizar la certeza de la información objeto de tratamiento.

La solicitud de rectificación deberá indicar a qué datos se refiere y la corrección que haya de realizarse y deberá ir acompañada de la documentación justificativa de lo solicitado.

El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de rectificación o cancelación en el plazo máximo de diez días hábiles a contar desde la recepción de la solicitud.

Si los datos rectificadas hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá comunicar la rectificación efectuada al cesionario, en idéntico plazo, para que éste, también en el plazo de diez días contados desde la recepción de dicha comunicación, proceda, asimismo, a rectificar los datos.

C) Derecho de cancelación:

Este derecho permite la supresión de los datos que resulten ser inadecuados o excesivos. La cancelación implica el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales.

En la solicitud de cancelación, el interesado deberá indicar a qué datos se refiere, aportando al efecto la documentación que lo justifique, en su caso.

El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de cancelación en el plazo máximo de diez días hábiles a contar desde la recepción de la solicitud.

Si los datos cancelados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá comunicar la cancelación efectuada al cesionario, en idéntico plazo, para que éste, también en el plazo de diez días contados desde la recepción de dicha comunicación, proceda, asimismo, a cancelar los datos.

D) Derecho de oposición:

El derecho de oposición se encuentra regulado en los arts. 6.4 y 30. 4 LOPD y en los arts. 23-26 y 34-36 del RD 1720/2007. Este derecho es la herramienta jurídica que permite al ciudadano negarse a que sus datos personales sean objeto de tratamiento en los siguientes supuestos:

- Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.
- Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.
- Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

En estos casos hay que tener en cuenta que la regla general es que cabe oponerse libremente⁵⁶. Sin embargo este tratamiento sería posible en la celebración o ejecución de un contrato a petición del interesado, siempre que se respeten determinadas condiciones tales como: 1) Que la persona afectada pueda alegar lo que estimara pertinente, a fin de defender su derecho o interés; 2) Que el responsable informe previamente al afectado, de forma clara y precisa, de que se adoptarán decisiones basadas en un tratamiento automatizado de datos personales y que cancelará los datos en caso de que no llegue a celebrarse finalmente el contrato; 3) Y por último también será posible cuando esté autorizada por una norma con rango de Ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado.

En todos los casos examinados el derecho de oposición deberá ser atendido en un máximo de 10 días hábiles.

2.8 Acceso de terceros a los ficheros de Morosos

Los Ficheros de Morosos contienen información relevante referida a la situación patrimonial de las personas, por ello, es necesario un control a la hora de permitir o no el acceso de determinadas personas a dichos registros o ficheros.

En este sentido, el art. 42 del RD 1720/2007 establece que los datos depositados en un fichero de morosos, sólo pueden ser consultados por parte de terceros, cuando es necesario enjuiciar la solvencia económica del afectado, entendiéndose que se da esta circunstancia en cualquiera de los siguientes casos:

- Si el afectado mantiene con un tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.
- Si el afectado pretende celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio fijado en el mismo.
- Si el afectado pretende contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.

En todo caso debe actuarse con total claridad y transparencia, y es obligado en los dos últimos casos que el tercero comunique por escrito al interesado el derecho que le asiste a poder consultar los ficheros de morosos.

Igualmente, el art. 11 de la LOPD, bajo la rúbrica “comunicación de datos”, prescribe, en su apartado 1º, “*que los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado*” y, a continuación, el apartado 2º del mismo precepto excepciona algunos supuestos del requisito del consentimiento previo del interesado.

El responsable del fichero está, además, obligado a informar a los afectados de la cesión de datos en el momento en que se efectúe la primera cesión, de este hecho y de la finalidad del fichero, de la naturaleza de los datos que han sido cedidos y del nombre y dirección del cesionario.

En cuanto a la accesibilidad al fichero de datos por un tercero han de diferenciarse las llamadas “fuentes accesibles al público” que son aquellos ficheros de datos cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa y sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación económica. Estos datos deben limitarse a los que sean necesarios para cumplir la finalidad a que se destina cada listado, requiriendo expreso consentimiento del interesado, esencialmente revocable, la inclusión de datos adicionales (art. 28.1 de la LOPD).

En todo caso, la responsabilidad civil del tercero que consulta un fichero de datos del que es responsable un tercero, se rige por las normas comunes de responsabilidad civil, constituidas bien por el art. 1902 del Código Civil, bien por la LOPH, en el caso de que el derecho lesionado sea alguno de los que son objeto de tutela por la misma (honor e intimidad, fundamentalmente).

2.9 El “Saldo cero”

El llamado “saldo cero” se produce cuando una vez satisfecha la deuda que dio lugar a la inclusión en el registro de morosos, dicho saldo sin embargo, permanece en el fichero constando el nombre del antiguo acreedor y el saldo de la deuda a “cero euros”.

Esta cuestión ha sido objeto de numerosos debates y críticas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Con la redacción dada por la derogada Ley de Protección de Datos (LORTAD), la AEPD consideraba lícito incluir datos de carácter personal en este tipo de ficheros, siempre que existiera una deuda cierta, vencida y exigible que hubiera resultado impagada, y de esta forma aunque la deuda se hubiera pagado con retraso, se permitía al responsable del fichero mantener el dato desfavorable y rectificado con saldo cero.

Ruiz Carrillo⁵⁷, sintetiza el pensamiento de la doctrina de su tiempo, cuando señala que “*el acreedor puede rectificar el fichero (tiene treinta días para hacerlo) y, en lugar de poner la cantidad que reclamaba, pone el saldo*”. Siguiendo a este autor, se entiende que “moroso” y “deuda cero” son conceptos incompatibles y excluyentes. Es moroso quien tarda en cumplir una obligación pero una vez que ha cumplido ya tiene la condición de cumplidor.

Esta situación ha cambiado con la nueva redacción del art. 29.4 de la 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*”. Es la palabra resaltada en negrita, la que origina el cambio de criterio en esta materia, locución que no aparecía en la derogada LORTAD en su art. 28 e incluso el artículo 41 del RD 1720/2007, zanja por completo esta discusión al afirmar que “*El pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo datos relativa a la misma*”.

A raíz de este cambio legislativo, la AEPD dictó diversas resoluciones, la primera de ellas de fecha de 22 de enero de 2001, declarando que con la nueva Ley ya no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico el saldo cero.

Frente a la opinión de Ruiz Carrillo acerca de la ilegalidad del saldo cero, algún autor como Prado Iglesias⁵⁸ defiende la legalidad del mismo sobre la base de un análisis gramatical del art. 29.4 LOPD. Prado Iglesias sostiene que el mantenimiento del saldo cero no es sólo legal bajo el mandato de la LOPD sino que además la LOPD permite las morosidades actuales, aunque tengan una antigüedad de más de seis años.

Por su parte, García Izquierdo⁵⁹ opina que Prado Iglesias ha olvidado cualquier otro criterio hermenéutico consagrado en el art. 3.1 CC. En su opinión, la interpretación de una norma jurídica no debe hacerse sirviéndose únicamente de elementos gramaticales sino atendiendo a aquellos otros medios lógicos, sistemáticos e históricos que tradicionalmente vienen siendo reconocidos. García Izquierdo entiende que el hecho de que los datos referentes a una persona desaparezcan del tratamiento transcurrido un determinado periodo de tiempo o cumplida la finalidad que determinan su incorporación al fichero parece la interpretación correcta, pues de lo contrario podría llevarnos a permanecer indefinidamente en la incertidumbre, lo que sería atentatorio al principio de seguridad jurídica y es evidente que el legislador no ha querido eso al establecer el plazo preclusivo de 6 años. Por ello, la actividad pasada de una persona no puede condicionar indefinidamente su valoración futura, lo que exige dejar de tener en cuenta esa situación anterior cuando transcurra un determinado tiempo, es lo que la doctrina llama “derecho al olvido”.

⁵⁷ Ruiz Carrillo, A.: “Los datos de carácter personal”, Ed Bosch, 1999.

⁵⁸ Prado Iglesias, R.: “Una resolución desacertada de la APD”, de la Revista *otrosí* del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Nº 30, octubre 2001.

⁵⁹ García Izquierdo, S.: “El Saldo cero y los Ficheros de Prestación de servicios de información sobre Solvencia Patrimonial”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 87, 2002, pp. 298 - 304.

En definitiva, la mayoría de la doctrina declara que la ilegalidad del saldo cero es ajustada a Derecho y acorde con el mandato vigente en la nueva LOPD. Para ello, se basan en dos argumentos:

- a) las novedades producidas con el cambio legislativo del art 29.4 LOPD y la sustitución del término “real “ por “ actual”.
- b) la enorme relevancia que la doctrina sentada por el TC en su Sentencia núm. 292/2000 de 30 noviembre al venir a calificar el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo lo que conlleva que el régimen excepcional del art. 29 deba ser interpretado restrictivamente. Esta sentencia califica el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad y no como un derecho meramente instrumental de éste o de otros derechos fundamentales.

Igualmente, las sentencias se han pronunciado sobre este asunto y concluyen que no es posible, una vez que se ha pagado la deuda, mantener información adversa sobre el hecho de haber sido deudor mediante las expresiones “saldo cero” o “pagado”. Además, constituye un atentado al honor, susceptible de indemnización, como mantiene, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 30/1999, de 20 enero.

III.- EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCLUSIÓN INDEBIDA O ERRÓNEA EN UN REGISTRO DE MOROSOS.

Una vez analizados los cuerpos normativos en los que se encuentran regulados los citados ficheros, es necesario hacer referencia a las vías de que dispone el perjudicado por dicha inclusión indebida para hacer efectivo su derecho a exigir la correspondiente indemnización frente a los autores de la misma.

La primera cuestión como plantea Parra Lucán⁶⁰, es si la inclusión indebida en un registro de morosos queda sometida al régimen común de responsabilidad por daños o, por el contrario, constituye una intromisión en el derecho al honor. Parra Lucán sostiene que el TS, pese a no pronunciarse sobre dicha cuestión, entiende que el simple incumplimiento de la normativa de protección de datos no da lugar automáticamente a una indemnización, porque de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad por daños, solo se pueden indemnizar los daños probados. Ahora bien, si se aprecia que el incumplimiento de esa norma constituye una intromisión en el honor, se aplicará la LO 1/1982 (LOPH) cuyo art. 9.3 presume la existencia de perjuicio.

1. Naturaleza de la responsabilidad civil del art 19 LOPD: extracontractual u contractual.

La doctrina no es uniforme en relación con la naturaleza de la responsabilidad civil que se prevé en el art. 19 LOPD. Las discrepancias afectan tanto a la naturaleza contractual o extracontractual de la misma, como al criterio de imputación que se establece.

La doctrina mayoritaria⁶¹ considera que se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. En concreto, Carrancho Herrero⁶², ha afirmado que la responsabilidad de los responsables de los ficheros o los encargados del

⁶⁰ Parra Lucán, M^a. A.: “Vulneración del derecho al honor por incorrecta inclusión en un fichero de morosos”, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: (civil y mercantil), Dykinson 2009, pp. pp.485-486.

⁶¹ En este sentido, Ortí Vallejo, A.: “Derecho a la intimidad e informática”, Ed. Comares, 1994, p. 170; Heredero Higuera, M.: “La Ley Orgánica 5/1992, de regulación de tratamiento automatizado de datos personales”, Ed. Tecnos, 1996, p.140.

⁶² Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos” Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Nº. 100, 2012, p 27.

tratamiento tiene carácter extracontractual, pues ningún vínculo existe entre el responsable del fichero y el interesado, deudor, cuyos datos se han incluido en aquél.

Frente a esta opinión, alguna autora⁶³ ha considerado que se trata de un supuesto de responsabilidad civil contractual, por cuanto surge del incumplimiento de obligaciones legales previas que recaen sobre el responsable del tratamiento de datos personales, sin perjuicio de la aplicación preferente de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 1/1982, cuando haya sido infringido uno de los derechos fundamentales tutelados por esta Ley (derecho al honor), respecto de la que la Ley de Protección de Datos (LOPD) es subsidiaria.

La cuestión no resulta sencilla, pues la asunción de una u otra naturaleza conlleva la aplicación de regímenes jurídicos diversos. Sin embargo, no parece que pueda darse una respuesta totalmente válida para todos los supuestos, pues la naturaleza contractual o no de la acción ejercitada con fundamento en el precepto que nos ocupa dependerá de la existencia o no de una relación contractual o de obligaciones legales cuyo incumplimiento se considere causa del daño, de forma tal que al margen de estos supuestos -en los que las obligaciones del responsable del fichero o del encargado del tratamiento han de integrarse, además y *ex art.* 1258 del CC, con las obligaciones legales y reglamentarias previstas- la acción de responsabilidad civil habrá de ser calificada como extracontractual y por lo tanto sometida al conocido plazo prescriptivo anual (*ex art.* 1968.2º del CC), excepción hecha de aquellos casos en los que la acción se ejercite en orden a la protección o tutela del derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o la propia imagen, en cuyo caso se aplicará el plazo de caducidad de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982.

2. Responsabilidad subjetiva *versus* responsabilidad objetiva.

Cuestión también de suma relevancia es determinar si la responsabilidad prevista en el art. 19 LOPD es de naturaleza subjetiva o bien objetiva. En el primer caso adquiere especial relevancia la culpa del sujeto que comete la infracción. En el segundo, lo importante será no tanto la culpa del responsable del fichero o acreedor como la comisión de la infracción con daño o lesión a los bienes y derechos del afectado.

Busto Lago⁶⁴, explica que la cuestión atinente a la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad civil del responsable del fichero -o del encargado del tratamiento- de datos personales ha recibido diversas respuestas en la doctrina:

1. La redacción del art. 19.1 de la LOPD puede llevar a pensar que si hay incumplimiento de las previsiones normativas, entonces el comportamiento del responsable del fichero o del tratamiento de datos ha de ser calificado como negligente y, en consecuencia, nos encontramos ante un régimen de

⁶³ García Rubio, Mª P.: "Bases de datos y confidencialidad en Internet", El comercio electrónico / coord. por Joseba Aitor Echebarría Sáenz, 2001, p. 487.

⁶⁴ Busto Lago, J.M.: "La responsabilidad de los responsables de ficheros datos personales y de los encargados de su tratamiento", en Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5, 2006, p. 20.

responsabilidad civil subjetivo , de manera que el responsable no respondería de los daños imputables a supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor y el interesado que ha resultado perjudicado habrá de probar el dolo o la culpa en que haya incurrido el responsable del fichero o el encargado del tratamiento. En todo caso, el incumplimiento ha de ser probado por el perjudicado demandante de conformidad con las reglas generales que rigen la distribución de la carga de la prueba en el proceso⁶⁵.

2. Asimismo, Busto Lago añade que algunos autores, sin embargo, han escindido la naturaleza de la responsabilidad civil aplicable en estos supuestos en dos hipótesis distintas⁶⁶:

- Supuestos en los que el daño cuyo resarcimiento se pretende trae causa del incumplimiento por el responsable del fichero de datos de su obligación de seguridad. En estos casos, el responsable del fichero o el encargado del tratamiento responderían en virtud de un régimen subjetivo de responsabilidad con inversión de la carga de la prueba de la culpa, pudiendo exonerarse de responsabilidad civil mediante la prueba de su actuación diligente.
- En el resto de los supuestos, la responsabilidad civil aplicable sería de naturaleza objetiva: casos de recogida irregular de datos, de tratamiento sin el consentimiento del interesado, de aplicación del fichero o del tratamiento a una finalidad distinta de aquella por la que ha obtenido el consentimiento, de no cancelación una vez alcanzada la finalidad prevista, de falta de actualización o de puesta al día de los datos -con infracción del derecho a la calidad de los datos de que es titular el interesado- y casos de cesión de datos no autorizada.

3. Frente a ambos supuestos , igualmente en la doctrina⁶⁷ se ha sostenido, con apoyo en el relevante argumento derivado de la interpretación de la LOPD conforme a la Directiva 95/46/CE que traspone, que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, aunque limitada por el hecho del incumplimiento objetivo de las disposiciones contenidas en aquella: si ha existido incumplimiento, sea de quien sea el mismo, y de éste se ha derivado un daño para la persona cuyos datos personales han sido objeto de tratamiento, el responsable del fichero deberá indemnizar los perjuicios con independencia de la concurrencia de la culpa.

⁶⁵ En este sentido se ha pronunciado de manera expresa, Vega Vega , J. A.: “Contratos electrónicos y protección de los consumidores “, Ed. Reus SA, 2005, p. 380.

⁶⁶ En este sentido se ha pronunciado Ortí Vallejo, A.: “Derecho a la intimidad e informática”, ob. cit. , pp. 170 y 171.

⁶⁷ Grimalt Servera, P.: “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales”, Ed. Comares, 1995, pp. 150 y ss.; García Rubio, M^a P.: “Bases de datos y confidencialidad en Internet”, El comercio electrónico / coord. por Joseba Aitor Echebarría Sáenz, 2001, p. 488; Herrán Ortiz, A. I.: “El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales”, Dykinson, Madrid, 2002, p. 259.

El art. 23 de la Directiva 95/46/CE, viene a avalar la consideración de que en el citado precepto también se instituye un régimen de responsabilidad civil objetiva limitada a la existencia de un incumplimiento de sus preceptos. El citado art. 23 de la Directiva 95/46/CE establece:

“1. Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. [...]

2. El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño”.

El segundo apartado precisa explícitamente los casos en los que se puede exonerar de responsabilidad al responsable del fichero de datos personales y se presume que es responsable salvo que pruebe que el hecho lesivo no le es imputable, porque lo es a un tercero o el daño ha sido causado mediando fuerza mayor, de manera que no puede exonerarse probando la actuación diligente.

Grimalt Servera⁶⁸, aporta algunas reflexiones en cuanto a si el legislador español ha establecido un criterio de imputación de responsabilidad específico o si por el contrario el criterio de imputación debe ser el de las normas generales aplicables. Como recuerda este autor, la responsabilidad civil que se atribuye al responsable o encargado del tratamiento surge, en este ámbito, por el incumplimiento de los deberes que le impone la normativa de protección de datos, y no por el mero hecho de que lleve a cabo el tratamiento de las informaciones. La infracción de la legislación de protección de datos se configura como el elemento de imputación objetivo de la responsabilidad, no requiriéndose para su estimación que se acredite que el responsable del tratamiento incurrió en culpa al incumplir las obligaciones que le competen en este marco. Así afirma que si ha existido incumplimiento y este incumplimiento queda acreditado, el responsable del fichero queda obligado a indemnizar con independencia de quién haya sido el causante y de cuál haya sido la voluntad del responsable. La culpabilidad de la infracción resulta aquí irrelevante para determinar el “derecho de indemnización”⁶⁹. No obstante, el resto de elementos que determinan el nacimiento de la responsabilidad por daños -acción u omisión, daño y nexo causal entre ambos- sí que deben concurrir, debiendo el afectado acreditar su existencia para que prospere su pretensión resarcitoria.

En conclusión, no existe una respuesta unánimemente aceptada, si bien es cierto que para la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, se trata de una responsabilidad civil de carácter objetivo, aunque limitada a los supuestos en los que existe un incumplimiento de la normativa de protección de datos (en tal sentido SAP de Segovia núm. 121/2002, de 25 abril *“la responsabilidad civil prevista en la Ley (se refiere a la*

⁶⁸ Grimalt Servera, P.: “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales”, Ed. Comares, 1999, pp. 150 y ss.

⁶⁹ SAP de Madrid, de 25 enero 2012 (JUR 2012, 107204) y SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), 27 de mayo 2002 (JUR 2002,200195)

LOPD), entiende de forma casi unánime la doctrina, que se trata de naturaleza objetiva, dados los términos de redacción del art. 23 de la Directiva 95/46, a cuya transposición obedece la LO 15/1999" (FD 1º, in fine). No obstante, con independencia de que se asuma la tesis que postula la naturaleza objetiva de la responsabilidad imputable a los responsables de ficheros de datos de titularidad privada, no cabe duda que en cuanto a los datos personales objeto de tratamiento por una entidad pública - ficheros públicos la responsabilidad es de naturaleza objetiva (ex arts. 143 y ss. de la LRJ-PAC), correspondiendo su conocimiento a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa como se ha señalado en apartados previos" ⁷⁰).

3. Legitimación activa

El artículo 3 a) de la LOPD entiende por datos de carácter personal "*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*". Estas personas son las titulares de los datos objeto de tratamiento, es decir, son el afectado o interesado, que el mismo artículo 3 en su apartado e) define como "*persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo*". Igualmente el RD 1720/2007, en su art. 5.1 a) define al afectado o interesado como la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.

La acción de responsabilidad civil, por tanto, puede ser ejercitada por cualquier persona física que haya experimentado un daño patrimonial o moral como consecuencia del tratamiento de sus datos de carácter personal. Así el art. 19.1 LOPD establece que "*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*". La LOPD no ampara a las personas jurídicas, sin perjuicio de que éstas puedan obtener la tutela de su derecho al honor o a la intimidad en virtud de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982⁷¹. La SAP de Cáceres de 16 de septiembre de 2009 indicó que se había producido una intromisión ilegítima en el honor de una persona jurídica por inclusión indebida de sus datos en un fichero de morosos. Debemos señalar que la jurisprudencia del TC ha ido evolucionando desde posiciones en las que no reconocía un derecho al honor a las personas jurídicas hasta enfoques más flexibles que han equiparado el honor de la persona jurídica con la fama comercial de una empresa o su prestigio. Las personas jurídicas, y entre ellas, las sociedades mercantiles, disfrutan de los derechos fundamentales cuya naturaleza lo permite. Así lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia constitucional y se admite hoy en la doctrina⁷².

⁷⁰ Busto Lago, J. M.: "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas" en AAVV: *El Tratado sobre Responsabilidad Civil*, Dir. Reglero Campos, L.F, Capítulo XVIII, pp. 1536 y ss.

⁷¹ Entre otras sentencias en las que se reconoce la tutela del honor de las sociedades mercantiles cabe citar las SSTS, de 21 de mayo de 2001 y de 9 octubre de 2007.

⁷² En ese sentido las sentencias del TS de 21 mayo 2001, de 9 octubre 1997, al establecer que si bien el derecho al honor tiene en la Constitución un sustrato personalista, como inherente a la dignidad humana, ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a su prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial.

Asimismo, tampoco se contempla la posibilidad del ejercicio de acciones colectivas, salvo en el caso de que se trate de consumidores y usuarios afectados, en cuyo caso sería de aplicación la legitimación que el art. 11 LEC atribuye a las asociaciones de éstos y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto su protección o defensa.

No parece tampoco que pueda atribuirse legitimación activa a terceros distintos de los propios interesados cuyos datos son objeto de tratamiento, aunque sí a las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, en cuyo caso podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamiento que contengan datos de éste. Así fue señalado en el Informe 365/2006 de la AEPD y en LO 1/1982 (LOPH) en los arts. 4 -6 , artículos en los cuales se enumera a las personas que puedan ejercitar las acciones correspondientes⁷³. El ejercicio de acciones con posterioridad al fallecimiento del titular del derecho y en relación a intromisiones ilegítimas constituye un supuesto de legitimación muy especial por cuanto se está protegiendo una personalidad en principio extinta como consecuencia del hecho de la muerte tal y como categóricamente se recoge en el art. 32 CC. Con el citado art.4 LOPH, Rovira Sueiro⁷⁴, ha explicado que lo que se pretende es proteger lo que se ha denominado la memoria del fallecido lo cual es fácilmente explicable desde un punto de vista metajurídico dada la trascendencia de la existencia de la persona que hace que determinados bienes de la personalidad, aquellos que integran su patrimonio moral, no presupongan en todo caso la necesidad de actuación de un titular vivo, sino que pueden mantenerse en el presente en forma de un recuerdo.

En el caso de ficheros de datos privados, como es el caso de los registros de morosos creados y gestionados por empresas privadas, la acción de responsabilidad civil habrá de ejercitarse ante los órganos del orden jurisdiccional civil⁷⁵ mientras que en el caso de ficheros de titularidad pública, la acción de responsabilidad civil habrá de ejercitarse, en todo caso, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo una vez se haya agotado la vía administrativa previa , a excepción de

Igualmente, De la Iglesia Monje, M.I.: “Inclusión injustificada de persona física o jurídica en el Registro de morosos y el derecho al honor análisis jurisprudencial” , Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 88, Nº 731, 2012 , pp. 1556-1558.

⁷³ Artículo 4 LOPH

1. *“El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.*

2. *No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.*

3. *A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.*

4. *En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores”.*

⁷⁴ Rovira Sueiro, Mª E.: “Daños a los derechos de la Personalidad: honor, intimidad y propia imagen” en AAVV: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Coord. Busto Lago, JM, Reglero Campos, L.F, p.557.

⁷⁵ Así el art. 19.3 LOPD establece que *“En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.*

aquellos supuestos en los que se ejercite conjuntamente con la acción penal - fundamentalmente en atención a los tipos contemplados en los arts. 197 a 200 del CP, en sede de regulación de delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y también sin perjuicio, en estos supuestos, de reservarla para ser ejercitada, una vez concluya el procedimiento penal, en la vía jurisdiccional civil u ordinaria o contencioso administrativa, de conformidad con el término utilizado por el art. 19.3 de la LOPD.

En todo caso, el perjudicado puede interponer directamente la demanda ejercitando la acción de responsabilidad civil ante el órgano jurisdiccional objetiva, funcional y territorialmente competente sin necesidad de reclamación previa alguna ante la Agencia de Protección de Datos. De esta manera, la LOPD parece haber resuelto, de modo definitivo y adecuado, la duda que suscitaba el art. 17 de la derogada LORTAD al regular en un mismo precepto y de manera conjunta la tutela de los derechos de los interesados que se atribuía a la Agencia de Protección de Datos y el derecho a la indemnización en los arts. 18 y 19 LOPD de modo que los órganos de naturaleza administrativa no pueden determinar indemnizaciones a favor de los particulares por daños ocasionados por otros particulares.

Si se estuviera ejercitando una acción de tutela del derecho al honor, el art. 9.3 LO 1/ 1982 (LOPH) establece que *“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”*. Este precepto establece una presunción *iuris et de iure* de existencia de perjuicio moral indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, como es el caso del tratamiento de datos personales en un registro de morosos sin cumplir las exigencias que establece la LOPD, y unos criterios para valorar el daño moral. En este caso, habría de acudir al procedimiento especial previsto en el art. 249.1.2º LEC, que en realidad es el procedimiento ordinario aunque con las especialidades consistentes en que será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente, la atribución de la competencia territorial para conocer de estos litigios a los órganos judiciales del domicilio del demandante y cuando no lo tuviere en territorio español, el del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (art. 52.6 LEC), ser siempre recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2. LEC) y que la ejecución provisional de las sentencias tendrán carácter preferente (art. 524.5 LEC), aunque según el art. 525.3 LEC «no procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». La legitimación activa, como ha señalado Rovira Sueiro⁷⁶, resulta una de las novedades más importantes de la LO 1/1982 al mantener la protección de los bienes de la personalidad, honor e intimidad e imagen después de la muerte de la persona a pesar, por lo tanto de la extinción de su personalidad, toda vez que prevé la legitimación para

⁷⁶ Rovira Sueiro, M^a E.: “Daños a los derechos de la Personalidad: honor, intimidad y propia imagen” en AAVV: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Coord. Busto Lago, JM, Reglero Campos, L.F.p.555.

el ejercicio de acciones en relación a intromisiones ocurridas con posterioridad al fallecimiento del titular del derecho.

Si solamente se estuviera solicitando la indemnización de daños y perjuicios causados por la indebida inclusión en el registro de morosos, bastará utilizar el cauce procedimental correspondiente a la cuantía de lo reclamado.

La AEPD no es el organismo competente para decidir sobre la responsabilidad civil en que haya podido incurrir la empresa responsable del tratamiento de los datos, ni lógicamente lo es el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que conozca del recurso jurisdiccional interpuesto contra la resolución administrativa. Ni siquiera puede considerarse la resolución dictada por dicho organismo en un expediente sancionador por la inclusión de unos datos personales en un registro de morosos, y por los tribunales contencioso-administrativos en el recurso interpuesto contra la misma, como prejudicial a efectos de un procedimiento de exigencia de responsabilidad civil, por la distinta naturaleza de uno y otro, y las particularidades de la sanción administrativa respecto de la responsabilidad civil. Sin perjuicio de lo anterior, la existencia de una previa resolución de la AEPD sancionando al responsable del tratamiento por una infracción de la normativa sobre la protección de datos en relación a la inclusión del afectado en el registro de morosos es un elemento claramente favorable para el éxito de una demanda por vulneración del derecho al honor y/o indemnización de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil⁷⁷.

4. Legitimación pasiva

La inclusión indebida en un registro de morosos puede dar lugar, como ha afirmado Mendoza Losana⁷⁸, a la obligación de indemnizar los daños ocasionados bien en aplicación del artículo 1902 CC, art 19.3 LOPD (si se prueban los daños) o bien por vulneración del derecho al honor (art 9.3 LOPH). En la mayoría de los casos, los daños serán de carácter moral por el descrédito social que supone la inclusión en un registro de morosos o por la intromisión ilícita en el honor de la persona al dar a conocer datos inexactos que afectan a su solvencia económica. En relación a esto último, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 176/2013, de 6 de marzo asume como propia la doctrina ya consolidada, según la cual la inclusión incorrecta de datos en un registro de información sobre solvencia patrimonial constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor⁷⁹. No obstante, también cabe reclamar indemnización por daños patrimoniales.

Por su parte, el RD 1720/2007 en su artículo 43 establece que:

⁷⁷ Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7, 2011, p.21; Pérez de Ontiveros Baquero, C.: “Ficheros de solvencia patrimonial y de crédito cuestiones civiles y su apreciación por los tribunales del orden contencioso-administrativo”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Nº 28, 2012, p.150.

⁷⁸ Mendoza Losana, A. I.: “Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 4, 2012 pp. 142-159.

⁷⁹ Cabe resaltar las siguientes sentencias del TS (Sala de lo Civil) núm.660/2004, de 5 julio; núm.284/2009, de 24 abril; núm. 899/2011, de 30 noviembre y núm.226/2012, de 9 abril.

“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”.

Con anterioridad a explicar el sentido de este precepto, conviene distinguir los distintos sujetos responsables frente a los cuales poder dirigir la demanda bien en ejercicio de la acción de responsabilidad civil o bien en ejercicio de la acción de tutela al derecho al honor por considerarse la inclusión indebida una intromisión ilegítima al mismo⁸⁰. A saber:

- Responsable del fichero o tratamiento.
- Encargado del tratamiento.
- Acreedor.

a) El artículo 3 d) LOPD dispone que tendrá la consideración de **responsable del fichero de datos personales o tratamiento** “la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento” . Según establece el art 5.1 q) RD 120/2007, un responsable de fichero es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u organismo administrativo que, solo o conjuntamente con terceros, decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realice materialmente. Según ha puesto de manifiesto el TS, en varias sentencias, mientras “el responsable del fichero” es quien decide acerca de la creación del fichero, su aplicación, finalidad, contenido y uso, “el responsable del tratamiento” es quien adoptada decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos.

b) A su vez, en la letra g) del art. 3 LOPD y el art. 5.1 i) RD 1720/2007 se contempla la figura del "**encargado del tratamiento**", como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”. Asimismo, el art. 12 de la LOPD regula la figura del encargado del tratamiento, señalando que no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento. De esta manera, la presencia del encargado del tratamiento según entiende Busto Lago⁸¹ elimina la posibilidad de calificar el supuesto como cesión de datos, de forma que no es preciso el consentimiento del interesado ni se requiere norma habilitante alguna, pudiendo llevarse a cabo el acceso de manera libre,

⁸⁰ Art 7.7 LOPH Intromisiones Ilegítimas

“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.”

⁸¹ Busto Lago J.M.: “ La responsabilidad de los responsables de ficheros datos personales y de los encargados de su tratamiento”, p. 7.

siempre y cuando se encuentre justificado por la naturaleza del servicio que debe ser prestado y que, con carácter previo, se adopten las siguientes medidas⁸²:

- Existencia de un contrato entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.
- Compromiso del encargado de tratar únicamente los datos de acuerdo con las instrucciones del responsable del fichero.
- Compromiso del encargado de no utilizar los datos con fines distintos a los previstos en el contrato y a no comunicarlos a terceros, ni siquiera para la conservación de los mismos.
- Contemplación en el contrato de las medidas que, por la naturaleza de los datos, el encargado del tratamiento está obligado a implementar.
- Destrucción o devolución de los soportes que contengan los datos personales y que tenga el encargado del tratamiento en el momento de finalización del contrato.

El encargado del tratamiento será la entidad que asuma la prestación del servicio frente al responsable del fichero. Nunca podrá serlo el personal que presta sus servicios en aquéllas. Es decir, serán consideradas como encargadas del tratamiento tanto la empresa de informática como la asesoría laboral que presta un servicio a otras entidades y no los asesores o informáticos que trabajan allí.

En el caso de que el encargado destine los datos a una finalidad distinta a la prevista contractualmente, será considerado responsable del tratamiento y, en consecuencia, la responsabilidad en la que pueda incurrir es personal, estando legitimado pasivamente en la acción de responsabilidad civil que ejercite el perjudicado.

Como ha señalado Busto Lago⁸³, la LOPD a diferencia de lo que establecía la derogada LORTAD y lo que contemplaba el art. 28 del RD 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, somete al encargado del tratamiento al mismo régimen de responsabilidad previsto para el responsable del mismo (arts. 9.1, 19 y 43.1), respondiendo ambos en nombre propio de la inadecuada ejecución del tratamiento o del incumplimiento de las obligaciones que sobre ellos recaen.

c) Y por último, **el acreedor** que pese a no estar definido no es sino la persona física o jurídica que tiene el derecho de crédito insatisfecho.

⁸² Zabía de la Mata, J.: "Una novedad de la LO 15/1999 de Protección de Datos: La figura del encargado del tratamiento", Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, Nº. 4, 2004, p. 96.

⁸³ Busto Lago, J.M, ob. cit., p.8.

En cuanto al artículo 43 del RD 1720/2007 anteriormente citado, Carrancho Herrero⁸⁴, entiende que el mencionado precepto recoge dos aspectos, por un lado, el relativo a la existencia de todos los requisitos que se regulan en el Reglamento (art. 38), y el relativo a la inexistencia o inexactitud de los datos, en cuyo caso remite a lo establecido en la LO 15/1995 (LOPD). En el Reglamento, se regulan por separado las obligaciones del acreedor y de quien actúe por su cuenta e interés y las obligaciones de los responsables del fichero o del tratamiento de los datos. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones dará lugar a la consiguiente responsabilidad, pero en el Reglamento sólo se hace referencia a la responsabilidad de los acreedores, lo que no significa que los responsables de los ficheros o del tratamiento no respondan, pues responderán de los daños que causen como consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas, ya que su responsabilidad se funda en el art. 19 LOPD.

En la misma línea, Sarazá Jimena⁸⁵, entiende que no puede considerarse que el responsable del registro de morosos, esto es, la empresa que presta servicios de información sobre solvencia patrimonial y es titular del fichero, esté excluido de la obligación de velar por la calidad de los datos, y, por tanto, de cancelar o rectificar de oficio los que le conste que sean no pertinentes, exactos o completos. Por el contrario, como responsable del tratamiento de los datos obrantes en el registro de morosos del que es titular le competen tales obligaciones, así como las de atender la solicitud de cancelación o rectificación del afectado cuando la misma sea suficientemente fundada. Y por las mismas razones ha de responder de los daños y perjuicios causados al afectado cuando se hayan incumplido estas obligaciones.

Sarazá considera que sería contrario a la normativa constitucional, convencional, comunitaria y a la ley orgánica que el responsable de un registro de morosos no estuviera obligado a cancelar o rectificar de oficio datos de cuya falta de veracidad fuera conocedor ni estuviera obligado a satisfacer el derecho de cancelación o rectificación del afectado, con el argumento de que solo lo está cuando así lo consienta quien le ha suministrado los datos inveraces.

Asimismo, el art. 6.2 de la Directiva 95/46/CE establecía que *«corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1»*, esto es, que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, que sean exactos y que se tomen todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos sean suprimidos o rectificadas. La empresa que presta el servicio de información sobre solvencia patrimonial en que el registro de morosos consiste es responsable del fichero y del tratamiento de los datos en él incluidos en los términos previstos en el art. 2.d de la Directiva y 3.d LOPD, en tanto responsable del fichero en que se incluyen tales datos personales del afectado que lo hacen aparecer como moroso.

Debe recordarse que los datos personales objeto de tratamiento no solo han de ser veraces y exactos, sino también adecuados y pertinentes, dado que el art. 29.4 LOPD

⁸⁴ Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos” *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 100, 2012, p.24.

⁸⁵ Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2011, pp.12-14.

solo permite registrar y ceder datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados.

El acreedor, por tanto, debe asegurarse de la concurrencia de los requisitos previstos en el art 38 RD 1720/2007, como prevé el art. 43.1 RD 1720/2007. En caso contrario, ello determina la ilicitud de su conducta y el nacimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios que cause. Pero ello no releva, como hemos señalado anteriormente, al responsable del registro de morosos de las obligaciones que le impone la LOPD en orden a tratar los datos asegurándose de su exactitud, cancelando los inexactos, sin que le excuse de ello la simple confirmación por el acreedor de la corrección y pertinencia de los datos suministrados, si de la documentación que le haya remitido el afectado al ejercitar su derecho de rectificación o cancelación resulta lo contrario.

Es evidente que la empresa responsable del registro de morosos no puede obligar al acreedor que le ha comunicado los datos a que modifique su fichero , pero puede, y debe, rectificar el contenido del registro de morosos cuando el mismo se revela inveraz, inexacto o no pertinente, dado que sostener lo contrario supondría degradar al responsable de un fichero, y del tratamiento de los datos en él incluido, a la categoría de simple encargado del tratamiento que actúa en todo momento por cuenta del acreedor, siguiendo sus instrucciones y sin autonomía alguna en la toma de decisiones.

Por todo ello, el responsable de un registro de morosos, como ha indicado Sarazá Jimena⁸⁶ no es un mero receptor acrítico e irresponsable de datos personales que pueden causar graves daños al honor, al prestigio y al patrimonio de los afectados, sobre los que no tiene control ni responsabilidad alguna. Es un operador jurídico, empresario profesional que, a diferencia de los acreedores que le suministran datos, tiene por actividad principal operar en el campo de los servicios de información sobre solvencia patrimonial mediante la creación y gestión de ficheros de datos personales, en un campo altamente sensible por estar en juego derechos y bienes jurídicos que han merecido especial protección por el legislador nacional, constitucional y ordinario, y comunitario, que como responsable del fichero y del tratamiento de los datos personales en él incluidos tiene unas obligaciones específicas.

En conclusión , el art. 19 LOPD⁸⁷ atribuye tal responsabilidad al responsable del tratamiento que haya incumplido lo dispuesto en dicha ley, y como se ha visto la empresa titular del registro de morosos es responsable del tratamiento de los datos incluidos en el mismo, junto con los acreedores que los comunicaron, no es un simple encargado del tratamiento por cuenta de tales acreedores, encargado de velar por el cumplimiento de los principios de calidad de los datos y de los derechos que de ellos resultan para los afectados. En la misma línea , Egusquiza Balmaseda⁸⁸ afirma que la exoneración de responsabilidad del titular del fichero común por los datos erróneos, postulada por algunos autores y defendida en algunas sentencias (STS núm. 226/2012,

⁸⁶ Sarazá Jimena, R.: ob. cit., p.13.

⁸⁷ Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7, 2011, p 17.

⁸⁸ Egusquiza Balmaseda, M^a.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos” Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Monografías. Cuadernos Digitales de Formacion. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. n° 29-2012,p.30.

de 9 abril) no parece que resulte totalmente indiscutiblemente desde la perspectiva de la responsabilidad civil, aunque pueda parecer clara en el ámbito sancionador. El titular del fichero de morosos no queda exonerado de las obligaciones que le impone LOPD en el tratamiento que realiza de esos datos de incumplimiento, y tendrá que velar por la calidad de los mismos dentro del marco de su competencia, que no será tan amplio como el que le corresponde al acreedor -cotitular de aquellas informaciones sobre cumplimiento obligacional. Por tanto, las previsiones reglamentarias de los artículos 43 y 44 RD1720/2007 no liberan al titular del fichero del deber de actuar diligentemente en su quehacer como prestador de un servicio de información, que ha de ser veraz, ni excluyen que, si dicha actuación no se lleva a cabo adecuadamente y produce un daño, pueda imputársele la responsabilidad civil pertinente según determina el artículo 19 LOPD. Igualmente, Mendoza Losana⁸⁹ entiende que la doctrina no es pacífica respecto al obligado a indemnizar.

En consecuencia, podemos apuntar esquemáticamente que el acreedor que anota una incidencia en el fichero es responsable: 1) de que los datos inscritos sean correctos; 2) de que esos datos estén actualizados y 3) de ordenar, en los plazos legalmente previstos, la cancelación, rectificación o el mantenimiento de los datos.

Por otro lado, el responsable del fichero es responsable: 1) de incluir correctamente los datos que se le han sido comunicados; 2) de notificar, dentro de los plazos legales, la inclusión de éstos al interesado; 3) de facilitar el derecho de acceso informando de quien ha sido la entidad que ha incluido los datos; 4) de remitir al acreedor las solicitudes de cancelación o rectificación presentadas por los interesados, para que compruebe que la información es correcta; 5) de cancelar cautelarmente el dato cuando el deudor aporte un principio de prueba documental suficiente que desvirtúe alguno de los requisitos previstos en el art 38 RD 1720/2007.

En la práctica, es habitual que las demandas se dirijan contra las entidades que proporcionan los datos a las entidades que elaboran los ficheros. Así podemos destacar entre otras, SSTS (Sala de lo Civil) núm.660/2004, de 5 julio y la STS (Sala de lo Civil) núm.284/2009, de 24 abril .

En cuanto a si el responsable del fichero debe responder o no de los daños causados también en la jurisprudencia menor encontramos casos de condenas a titulares de registros por intromisión en el derecho al honor: SAP Barcelona, de 11 octubre 2006 , por negligente gestión, al no dar de baja unos datos: en este caso se le condena junto con el «acreedor»; SAP Zaragoza, de 22 febrero 2007 , por incumplimiento de sus obligaciones, al no contestar a los requerimientos del afectado con la finalidad de conocer quién proporcionó la información errónea, entre otras.

⁸⁹ Mendoza Losana, A. I.: "Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 4, 2012 p.18.

5. Vías para solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

En los litigios civiles sobre inclusión de datos personales en un registro de morosos, además de peticiones declarativas mediante las que se solicita que se declare vulnerado el derecho al honor por intromisión ilegítima (art 7.7 LOPH) por regla general, y otras relativas a la rectificación o cancelación de los datos obrantes en el registro de morosos, suele exigirse indemnización de daños y perjuicios a los responsables del tratamiento de datos personales que han infringido la LOPD esto es , el acreedor que comunicó los datos y/o el responsable del registro de morosos.

La primera Sentencia del TS que se pronunció sobre esta cuestión fue la Sentencia núm. 660/2004, de 5 de julio, en la cual se contempló el caso de la inclusión de una persona en el Registro de aceptaciones impagadas, más conocido por RAI, por impago de unas letras de cambio cuya firma en la aceptación era falsa. En dicha sentencia, se dice que respecto a los registros *“es práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se presenta abusiva y arbitraria, ya que evidentemente la inclusión en el RAI resulta notoriamente indebida y no precisamente por error cuando era conocido que no se trataba de una persona morosa”* Se produce una vulneración del derecho al honor porque existe *“inclusión indebida en dicho registro , por deuda inexistente lo que supone un desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena”*

Posteriormente, esta doctrina ha sido seguida en numerosas sentencias, como es el caso de la sentencia de 24 de abril de 2009; 9 abril de 2012 y la sentencia objeto de este trabajo, STS núm. 176/2013, de 6 marzo, entre las más destacables.

Las vías para solicitar la indemnización de daños y perjuicios son:

5.1 Vulneración del derecho al honor y consiguiente aplicación de la LO 1/1982(LOPH)

Al calificarse la inclusión de errónea se incurre en intromisión ilegítima en el derecho al honor y el art. 9.3 LOPH, como hemos señalado en otros apartados, proclama la presunción *iuris et de iure* de la existencia de perjuicio y su extensión al daño moral. *«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima»*⁹⁰.

Así , el Supremo en su última sentencia núm 176/2013, de 6 marzo establece que la *inclusión en un registro de morosos por una deuda dudosa constituye una vulneración del derecho al honor*. La deuda es dudosa si concurren alguno de los siguientes supuestos: a) el deudor ha comunicado al acreedor de forma fehaciente (en el caso de autos, mediante burofax) su disconformidad con la misma; b) si procede de contratos habitualmente vinculados a un contrato principal que ha sido cancelado,

⁹⁰ Mendoza Losana, A.I.: “Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos” en Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 4, 2012 p.18.; Carrancho Herrero, T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos” Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Nº. 100, 2012 , p. 22; Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7, 2011, p 22-23; Parra Lucán, M^a. A.: “Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos” en Revista Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3, 2011 pp. 22.

aunque no se haya probado la cancelación de los contratos vinculados (en el caso de la sentencia de 2013, contratos de seguro y de cuenta corriente asociados a un contrato de crédito hipotecario cancelado por subrogación de otra entidad bancaria); c) si siendo dudosa la cancelación de la cuenta corriente, la entidad bancaria no prueba la veracidad de los cargos incluidos en ella.

Igualmente, el Supremo señala en la citada sentencia que *constatada la intromisión en el honor, se presume iuris et de iure la causación de un daño moral (art. 9.3 LOPH), independientemente de otros daños patrimoniales acreditados y aunque nadie haya consultado el registro*. Según tiene declarado el TS basta la inclusión indebida en el fichero para que se produzca la intromisión ilegítima y es al valorar el daño moral inferido cuando deberán ponderarse elementos como el tiempo que figuraron los datos en el fichero o si el fichero fue o no consultado por las entidades asociadas (SSTS núm. 284/2009, de 24 abril y núm. 226/2012 de 9 abril)⁹¹.

La intromisión ilegítima se halla definida en el artículo 7.7 de la mencionada Ley Orgánica 1/1982 (LOPH) y el TS entiende que se define en un sentido negativo “*será intromisión ilegítima 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*”. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782) y 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 2659)) «...es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social -trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la minusvaloración actual de tal derecho de la personalidad».

De ello se derivan dos aspectos:

- el aspecto interno o inmanencia, como sentimiento de la propia dignidad, subjetivo
- y el aspecto externo o trascendencia, como sentimiento de los demás hacia la propia persona, objetivo⁹².

Pues bien, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 284/2009 de 24 de abril (siguiendo la línea marcada por otras sentencias anteriores, como la STS núm. 660/2004, de 5 de julio) “*la inclusión errónea de una persona en un registro de morosos, sin que concurra veracidad, constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor en los términos de la Ley Orgánica 1/1982, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su*

⁹¹ Mendoza Losana, A.I.: “La inclusión en un registro de morosos por una deuda dudosa vulnera el derecho al honor “en Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 257-258.

De la Iglesia Monje, M.I.: “Inclusión injustificada de persona física o jurídica en el Registro de morosos y el derecho al honor análisis jurisprudencial” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 88, N° 731, 2012 , pp. 1553-1555.

⁹² SSTS de 23 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1716) , 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 7062) , 17 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1872) , entre otras.

fama y atenta contra su propia estimación”, precisando que es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LOPH.

Por todo ello, la inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos reviste gran trascendencia por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia la misma, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser de la máxima diligencia para evitar posibles errores.

En suma, la información publicada o divulgada debe ser veraz, pues de no serlo debe reputarse contraria a la ley y, como acto ilícito, susceptible de causar daños a la persona a la que se refiere la incorrecta información.

5.2 Incumplimiento de las obligaciones previstas en la LO 15/1999(LOPD)

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 19.1 LOPD para que surja la responsabilidad de los implicados en el tratamiento de datos personales (en concreto, el acreedor que comunica los datos y el responsable del fichero común en tanto que responsables del tratamiento de los datos personales) y el correlativo derecho del afectado a ser indemnizado, es preciso que los daños se hayan producido *«como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley»*. No es suficiente con que se produzca una vulneración de derechos del afectado para que nazca el nacimiento de la responsabilidad sino que, es necesario que dicha vulneración produzca un “daño o lesión” para el individuo , mediando entre ambos elementos una relación de causalidad. Así, se ha pronunciado el TS, en varias Sentencias , entre otras, STS núm. 660/2004, de 5 julio , STS de 28 diciembre de 2004, STS núm. 284/2009, de 24 abril.

En consecuencia, el juzgador deberá dilucidar si existe un daño que pueda ser indemnizable y si concurren los requisitos que se exigen para ello -daño cierto y probado, personal, directo, que afecte a un interés legítimo-, así como valorar el tipo de reparación o cuantificación que se ajuste al caso⁹³.

Es necesaria, pues, la existencia de un tratamiento de datos personales en un fichero sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que el mismo incumpla las disposiciones de la LOPD (especialmente porque se hayan incumplido las exigencias relativas a la calidad de los datos o no se haya dado debida satisfacción a los derechos de los afectados a obtener información en términos inteligibles, a la rectificación o cancelación de sus datos, etc.) y que como consecuencia de dicho incumplimiento el afectado sufra *«daño o lesión en sus bienes o derechos»*.

⁹³ Grimalt Servera,P., Ob. cit., pp. 132 y ss.

Además, habrá que tomar en consideración los demás criterios de imputación objetiva utilizados por la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS para modular la relación de causalidad entre la acción y la producción del daño (tales como el criterio de finalidad de protección de la norma vulnerada, proximidad entre la conducta y el daño, prohibición de regreso, idoneidad de la conducta para la producción del daño, etc.), de modo que se excluya de la responsabilidad de los responsables del tratamiento de datos personales la indemnización de daños que, aunque ligados con el tratamiento incorrecto de los datos personales por lazos de causalidad puramente fenomenológica, no puedan imputarse objetivamente a tal conducta.

6. Daños derivados de la inclusión indebida o errónea en un Registro de Morosos.

De acuerdo con la doctrina general de responsabilidad civil, el simple incumplimiento de alguno de los deberes previstos en la normativa de protección de datos no es suficiente para hacer nacer la obligación de resarcir los daños sino que es preciso acreditar la existencia real de los mismos. La infracción de los deberes impuestos al acreedor o al responsable del fichero sólo dará lugar a la obligación de indemnizar si se prueban los daños ocasionados, si bien la existencia de perjuicios se presume siempre que se produzca una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado (art. 9.3 LOPH), lo que ocurre, por ejemplo, si los datos son falsos, independientemente de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas. El TS ha declarado entre otras sentencias, en la STS núm. 284/2009, de 24 abril que *basta la inclusión en un registro de morosos para que se produzca la intromisión ilegítima y es al valorar el daño moral inferido cuando debe ponderarse el tiempo que configuraron los datos en el fichero y si el fichero fue o no consultado por entidades asociadas*. En la sentencia objeto de este trabajo, sentencia del TS núm.176/2013, de 6 marzo, se establece que el Tribunal Supremo puede valorar en casación los hechos probados si ello es necesario para pronunciarse sobre una posible vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, Parra Lucán⁹⁴ entiende que el particular no tiene derecho a una indemnización automáticamente por el incumplimiento de los deberes que impone la normativa de protección de datos si no se le ha causado un perjuicio. Cuando el incumplimiento de tales deberes lesiona su derecho al honor, se debe aplicar la normativa contenida en la Ley Orgánica 1/1982, que es la que tutela a este derecho y, en particular, su art. 9.3 de la LOPH y la valoración del daño moral contenida en esta disposición. La existencia de perjuicio, como hemos señalado anteriormente, se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima en el derecho al honor. La indemnización se extiende al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se deberá tener en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se deberá valorar el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

⁹⁴ Parra Lucán, Mª A.: “Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos” Revista Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3, 2011 pp. 81-113.

6.1 Daño duradero o permanente *versus* daño continuado o de producción sucesiva⁹⁵

El TS se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 899/2011, de 30 noviembre: en ella se analiza la inclusión del nombre del demandante en diferentes registros de morosos de forma injustificada. Además, se analiza la inexistencia de caducidad de la acción de protección del derecho al honor por el transcurso del plazo de cuatro años previsto en la Ley.

En dicha Sentencia se define tanto el daño duradero o permanente como los daños continuados o de producción sucesiva. A saber:

El daño duradero o permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la actuación u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «*desde que lo supo el agraviado*», como dispone el art. 1968.2.º CC, es decir, desde que tuvo conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la CE y fundamento, a su vez, de la prescripción.

En cambio, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, *hasta la producción del definitivo resultado*, si bien matizando que esto es así «*cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida*».

Los daños producidos por la inclusión indebida en uno de los registros de solvencia patrimonial es aceptado que tienen naturaleza de daños continuados, ya que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor persiste durante el tiempo de su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los registros.

6.2 Daños morales (o extrapatrimoniales) y patrimoniales

6.2.1 Daños morales

Hoy en día, puede afirmarse que no existe duda alguna que junto el derecho a que se reparen los daños patrimoniales, está el derecho a la reparación del daño moral.

En cuanto a la noción de daño moral, la doctrina toma como referencia, por un lado, el carácter no patrimonial del daño, y por otro lado, el que se trata de daños que

⁹⁵ De la Iglesia Monje, M.I.: “Inclusión injustificada de persona física o jurídica en el Registro de morosos y el derecho al honor análisis jurisprudencial” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 88, Nº 731, 2012 , pp. 1561-1562.

afectan a bienes de la personalidad. Respecto al primer aspecto, De Ángel⁹⁶ define el daño moral como “*todo tipo de quebranto, de carácter no patrimonial que la víctima sufre como consecuencia de su incapacidad o invalidez*”, por su parte, Díez Picazo⁹⁷ entiende el daño moral como “*los sufrimientos morales y las sensaciones dolorosas y la disminución del prestigio o reputación pública que constituye un daño no patrimonial con independencia del dolor o la aflicción que pueda causar en el sujeto que lo experimenta*”. Por ello, entiende que no es posible limitar el daño moral únicamente a los sufrimientos físicos y morales sino que hay que incluir todos los que no entran en los daños patrimoniales.

En cuanto a los daños morales, igualmente, es necesario recordar que el artículo 9 de la LO 1/1982 establece:

- 1. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.*
- 2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:*
 - a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.*
 - b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.*
 - c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.*
 - d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.**Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.*
- 3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.*
- 4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.*
- 5. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.*

⁹⁶ Cristóbal Montes, A.: “El daño moral contractual”, p.3, alude a estos conceptos que integran los bienes de la personalidad, cuya vulneración da derecho a resarcimiento en el concepto de daño moral.

⁹⁷ Díez – Picazo, L.: “ El escándalo del daño moral”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p.66.

La jurisprudencia aplica el art. 9.3 de la LOPH y reitera que el perjuicio es inherente a la existencia de una intromisión ilegítima, por lo tanto, este precepto reconoce el derecho a solicitar el resarcimiento de los perjuicios morales, cuya existencia se presume siempre que estemos ante un supuesto de intromisiones ilegítimas.⁹⁸ El apartado tercero, constituye una gran novedad. En primer lugar, significa que ya existe en nuestro ordenamiento una norma civil que reconoce la necesidad de compensación pecuniaria del daño moral. Pero lo que llama la atención es como ha señalado Yzquierdo Tolsada⁹⁹ la presunción contenida ya que hasta el momento, a lo más a que se había llegado en el terreno de la responsabilidad objetiva o sin culpa era a dar por probada la culpa o negligencia, e incluso a prescindir de ella como factor de atribución de la responsabilidad. Pero en el art. 9.3 LOPH lo que se llega a presumir es el propio daño: basta con acreditar la existencia de intromisión ilegítima para que el perjuicio se dé por probado.

En cuanto al alcance objetivo de la presunción, Yzquierdo Tolsada entiende que pese a tratarse de una cuestión sin resolver, en su opinión la presunción abarca al daño moral, quedando en cambio el daño patrimonial sujeto a la exigencia de prueba propia de las acciones indemnizatorias comunes. Son las dificultades de prueba de los daños que, consistentes en la intranquilidad, la ansiedad, la zozobra, no admiten una valoración económica en términos de mercado, las que lleva al legislador a facilitar las cosas por medio de la presunción.

Hoy en día, queda reducida la controversia exclusivamente a la cuantificación económica del menoscabo por el daño moral, para lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida.

La jurisprudencia es generalmente proclive a la indemnización de daños morales, puesto que la inclusión indebida de una persona en estos ficheros presupone para ella un “*padecimiento o sufrimiento psíquico*” (SSTS 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999). Y a estos efectos, la sentencia del TS núm. 284/2009, de 24 de abril ha considerado que para que la vulneración al derecho al honor se produzca es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas. No es preciso, pues, que haya existido una efectiva divulgación del dato para que se haya vulnerado el derecho al honor del afectado y se le hayan causado daños morales. Basta con la posibilidad del conocimiento por estos y que la falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los afectados para tener una proyección pública.

Atendiendo a la definición doctrinal, al texto legal y al doble aspecto del honor¹⁰⁰, el TS ha resuelto como doctrina jurisprudencial que la falta de veracidad en la inscripción de una deuda en un fichero de información sobre insolvencia supone una

⁹⁸ Carracho Herrero, T.: ob., cit. p.22.

⁹⁹ Yzquierdo Tolsada, M.: “Daños a los derechos de la Personalidad: honor, intimidad y propia imagen” en *Tratado sobre Responsabilidad Civil*, dir. por Reglero Campos, tomo III, Aranzadi, 2008.

¹⁰⁰ Grimalt Servera, P.: “La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, 2007, pp. 27-29. En resumen, afirma que “ el honor se integra por dos aspectos, el de la inmanencia representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad”.

intromisión en el derecho al honor¹⁰¹ ya que supone imputar a una persona el incumplimiento de una obligación pecuniaria, con el descrédito que ello supone respecto a su fama, además de atentar contra su propia estimación y de lesionar su dignidad.

Carrancho Herrero¹⁰², entiende que para que pueda considerarse constitutiva de daño al honor debe ir referida a una deuda que o bien no existe o bien resulta controvertida, de modo que la información que se incluya no es veraz, por no estar determinada definitivamente su existencia. En ambos casos, se presenta a una persona como morosa, cuando lo cierto es que no lo es, y no lo será hasta que se declare la existencia de la deuda por quien proceda y el deudor no la haga efectiva en el plazo establecido.

La valoración económica del daño moral es difícil y queda al criterio subjetivo del tribunal, sin que pueda determinarse objetivamente. Para fijarlo, los tribunales tienen en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes,. Así lo establece la STS núm1138/2008, de 21 de noviembre de 2008 establece *“queda a la soberanía del tribunal de instancia su cuantificación, señalando las circunstancias que, fruto de la libre valoración probatoria, han de entenderse concurrentes y relevantes en este concreto caso para cifrar la cuantía de la indemnización”* .

Igualmente, en cuanto a la cuantía de la indemnización de los daños morales, la STS, 1ª, núm. 964/2000, de 19 de octubre¹⁰³ , declaró, con cita de otras anteriores, que *su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso*. La valoración corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser causa suficiente para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiéndose de valorar por dicho juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención solo a las circunstancias del caso concreto. Para fijarlo, los tribunales tienen en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes, tales como el sufrimiento efectivamente causado, el importe de la deuda, la prueba de la incidencia del hecho en la esfera personal de la víctima, el tiempo en que se prolongó la inclusión del dato en el fichero, la frustración de operaciones financieras derivadas del hecho, etc. Se ha suprimido el último inciso del art.9.3 en virtud del cual se valoraba para fijar el montante indemnizatorio el beneficio que hubiera obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma¹⁰⁴ .

Así, la sentencia del TS de 6 marzo 2013 establece que *la determinación de la indemnización por el daño al honor ocasionado por la ilícita inclusión en un registro de morosos queda a la discrecionalidad del órgano judicial*.

¹⁰¹ Entre otras muchas, SSTS 19 de febrero, 21 de mayo y 24 de abril de 2009.

¹⁰² Carrancho Herrero, M.T.: “Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos” *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 100, 2012 , pp. 18-31.

¹⁰³ Igualmente STS 1138/2008 de 21 Noviembre.

¹⁰⁴ Rovira Sueiro, Mª E.: “Daños a los derechos de la Personalidad: honor, intimidad y propia imagen” en AAVV: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Coord. Busto Lago, JM, Reglero Campos, L.F, p.552.

Asimismo, la SAP de Zaragoza núm.722/2005 de 30 diciembre establece que la cuantía indemnizatoria concebida se considera atendiendo:

-a la gravedad del descuido en que incurrió la demandada, al comunicar hechos no veraces relativos a la solvencia de una “persona a un registro de morosos, que es conducta claramente contraria a los buenos usos y prácticas bancarias , cuyas entidades deben velar por la exacta comunicación de tan importantes datos, disponiendo al mismo tiempo, de un sistema eficaz que les permita constatar la existencia de un saldo de una libreta en determinado momento, que es diligencia mínima exigida además por los beneficios económicos que percibes.

- y a los muy importantes perjuicios de toda clase que han de causarse, o pueden causarse, al falsamente informado como morosos y sea suficiente con tener en cuenta su negativas y evidentes repercusiones comerciales, de efectos próximos o incluso remotos, cuyo error alertará a futuros contratantes en importante lapso de tiempo¹⁰⁵.

Por último, señalar que también es frecuente encontrar pronunciamientos jurisdiccionales que distinguen entre daños morales *stricto sensu* y daños morales “indirectamente económicos”. En ese sentido, cabe citar la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 4 julio de 1985.

6.2.2. Daños patrimoniales

De la inclusión indebida en un registros de morosos se puede derivar , además de los daños morales, perjuicios patrimoniales de diversos tipos. Algunos pueden acreditarse y valorarse con más facilidad. Tal sería el caso, por ejemplo, si la denegación de un crédito por el banco con el que habitualmente trabaja el afectado le obligase a endeudarse con prestamistas que exigen tipos de interés más altos, en cuyo caso el encarecimiento de la financiación sería el daño emergente causado. Pero otros daños y perjuicios son más difíciles de probar, tanto en su propia existencia como en su cuantía.

Con respecto a la posible exigencia de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), es asumido de manera absoluta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que, para obtener el resarcimiento de daños patrimoniales ha de demostrarse de modo incuestionable:

- La existencia de una acción u omisión culposa , es decir, una falta de diligencia.
- La realidad de los perjuicios.
- La relación de causalidad entre la conducta del demandado y los daños.

Busto Lago¹⁰⁶ explica que la imputación de responsabilidad civil a un sujeto - al acreedor y/o al responsable del fichero - exige la concurrencia de una relación de

¹⁰⁵ De la Iglesia Monje, M.I.: “Inclusión injustificada de persona física o jurídica en el Registro de morosos y el derecho al honor análisis jurisprudencial” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 88, Nº 731, 2012 , pp. 1564.

¹⁰⁶ Busto Lago J.M.:” La responsabilidad de los responsables de ficheros datos personales y de los encargados de su tratamiento”, Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5/2006, 2006.

causalidad entre el daño cuyo resarcimiento se pretende y la conducta imputada al agente del daño. En este caso, la relación de causalidad ha de trazarse entre el daño y el incumplimiento de las obligaciones y deberes que recaen sobre el responsable del fichero -o sobre el encargado del tratamiento-. A diferencia de lo que sucede con los daños morales, en general, los tribunales son reacios a conceder indemnizaciones por daños patrimoniales, salvo cuando existe una prueba del daño y de la relación de causalidad. En los últimos años, la distinción entre relación de causalidad e imputación objetiva va siendo aceptada por un creciente sector de la doctrina especializada¹⁰⁷.

La aplicación a la responsabilidad civil de los responsables de los ficheros de datos personales de los criterios propios de la imputación objetiva, continúa Busto Lago determina que sólo responderán de los daños que sean realización del riesgo típico derivado del hecho de tratar ficheros de datos personales, requiriéndose que se trate de un riesgo general -afecte a todas las personas cuyos datos son objeto de tratamiento-, que sea inherente a la realización de esta actividad y que rebase los límites de lo socialmente admitido o tolerado.

En las pocas sentencias en las que se ha admitido la existencia de un daño patrimonial, esta valoración se ha fundado en la suficiencia probatoria de que el fracaso de la relación contractual u operación económica se debió a la denegación de crédito, y ésta se produjo como consecuencia de los datos erróneos que figuraban en el registro de morosos (SAP de Tarragona de 14 mayo de 2007 (AC 2007, 1795)).

Como daño patrimonial indemnizable se ha estimado la cantidad entregada y perdida como prima en un contrato de opción, opción que el afectado no pudo ejercitar por no conseguir el crédito preciso para ello, al haber sido incluido en un registro de morosos (SAP de las Baleares de 13-11-1998 (1999,4257); en suma, el daño emergente que reclamante sufrió. También se ha valorado como tal, el lucro cesante experimentado por el titular de los datos -ganancias seguras dejadas de obtener- que se entendieron suficientemente acreditadas por tratarse de contratos en trance de consumación, malogrados por no obtener financiación por las circunstancias reseñadas (SAP de Barcelona de 19-4-2004 (JUR 2004, 151832)).

La falta de prueba categórica sobre la relación causal entre la incorrecta inclusión en el fichero de deudores y la denegación de financiación, así como el carácter determinante de estos aspectos en el fracaso de un negocio concreto, se ha resuelto indefectible negando los Tribunales la existencia de daño patrimonial a pesar de reconocerse que, conforme a la experiencia común, la inclusión de un sujeto en ese tipo de registros genera por sí la denegación de financiación (SAP de Zaragoza de 19-9-2008 (AC 2008, 1731)).

Por último, en cuanto a la tesis de la “pérdida de oportunidad”, Egusquiza Balmaseda¹⁰⁸ ha señalado que ésta es una vía inexplorada en la responsabilidad civil por

¹⁰⁷ Arcos Vieira, M^a.L.: *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Ed. Thomson Aranzadi, 2005, p. 17.

¹⁰⁸ Egusquiza Balmaseda, M^a.A.: “Aspectos civiles de la protección de datos” Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid.CGPJ 2012. n^o 29-2012, p.35.

vulneración de la normativa de protección de datos que no cabe desdeñar, dada la ampliación de los supuestos en los que se está planteando su aplicación. Debe recordarse que la teoría de la *chance* ofrece una solución equilibrada y acomodada al sentir de la justicia, ya que evita que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias que enmarcan el supuesto concreto, así como que éste quede obligado a reparar la totalidad de un daño del que puede no ser responsable. Se configura como un régimen especial de imputación probabilística que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual, sin negarle ficticiamente esta cualidad¹⁰⁹. Como ha indicado Díez Picazo¹¹⁰ se trata de un tipo de daño no homogéneo al daño moral, que debe valorarse con carácter restrictivo y cuando concorra una actividad probatoria que permita alcanzar la convicción, en un alto grado de probabilidad, sobre su causación por el agente dañoso. Su reparación no pretende la total indemnidad, como si el daño no se hubiera producido y el resultado perseguido hubiese sido favorable al perjudicado. Esta responsabilidad, que es proporcional, se limita a reconocer al perjudicado una indemnización en la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre que supone la probabilidad de que el agente no sea el elemento causal del padecimiento sufrido¹¹¹.

Sarazá Jimena¹¹², afirma asimismo que el simple desprestigio profesional o comercial que supone aparecer incluido en un registro de morosos tiene una innegable trascendencia patrimonial, puesto que dicho prestigio y solvencia profesional, la «imagen» que frente al público y a los demás operadores económicos tiene una persona, son activos inmateriales de trascendencia patrimonial indudable, hasta el punto de que en muchos casos son más trascendentes que los propios activos materiales.

Son ya varias las leyes que prevén expresamente el daño al prestigio como elemento a tener en cuenta a la hora de fijar una indemnización (por ejemplo, los arts. 68 de la y 43.3 de la Ley de Marcas, el segundo de los cuales prevé como criterios a tener en cuenta para fijar la indemnización cuando se ha producido tal desprestigio «*las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado*»).

7. Plazo de la acción y *dies a quo*

7.1 Plazo de la acción de protección del derecho al honor

En cuanto a la acción para la tutela del derecho al honor, el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil de Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LOPH), establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales

¹⁰⁹ Reglero Campos, L. F., y Medina Alcoz, “El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, *Tratado de responsabilidad civil*, T. I., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2008, p. 797.

¹¹⁰ Díez –Picazo, L.” El escándalo del daño moral”, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 30 y ss.

¹¹¹ Reglero Campos, L. F., y Medina Alcoz, Ob. cit., p. 794.

¹¹² Sarazá Jimena, R.: “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2011, pp.105-132.

caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

El texto legal establece como día de inicio del cómputo de la acción de caducidad el momento en que el legitimado pudo ejercitar la acción. No hay que olvidar que la caducidad, a diferencia de la prescripción, es una excepción que puede apreciarse de oficio, siendo constante la jurisprudencia que declara que, a diferencia de la prescripción, en la caducidad incumbe al demandante probar en su propio beneficio que ejercita su derecho dentro del plazo legal, por ser un presupuesto o requisito esencial de su acción, conforme a lo dispuesto en art. 217 LEC, no siendo legítimo pretender una inversión de la carga probatoria a través de la cual sea el demandado el que tenga que acreditar que el ejercicio de la acción es posterior al transcurso de dicho término (STS 22 mayo 1992 , 19 julio 1994 y 20 octubre 1997, entre otras).

Asimismo, la ya citada Sentencia del TS núm.899/2011, de 30 noviembre dice que *“en caso de daño duradero o permanente comenzará a correr desde que lo supo el agraviado”* como dispone el art. 1968.2 del CC, es decir, desde que tuvo conocimiento del mismo y pudo mediar su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el art 9.3 CE y fundamento a su vez de la prescripción.

En cambio, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, como es el caso de la inclusión en un registro de morosos, no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así *“cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida”*.

7.2 Plazo por incumplimiento de las obligaciones previstas en la LOPD

En cuanto a la acción de indemnización del art. 19 LOPD, la cual tiene carácter extracontractual, se estará a lo dispuesto en el art 1902 CC. El artículo 1968.2 del Código Civil sujeta la acción de reclamación por culpa extracontractual a un plazo de prescripción de un año , lo cual tendrá poca trascendencia cuando se ejercite conjuntamente con la acción del art. 9 de la LO 1/1982, que, como vimos, se sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años.

8. Formas de reparación del daño

La doctrina¹¹³ ha considerado la posibilidad de que el fallo de la Sentencia que estime la acción de responsabilidad civil ejercitada por el perjudicado establezca otras medidas de reparación distintas a la indemnización como pueden ser la rectificación de la información, la cesación en la utilización del fichero que puede adoptarse cautelarmente o incluso la cancelación de los datos incluidos en el fichero. Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que esto choca con el tenor literal del art. 19.1 de la LOPD rubricado como *“derecho a la indemnización”* y en el que se otorga a los

¹¹³ Busto Lago, Grimalt Servera, entre otros.

interesados que hayan experimentado un perjuicio, un derecho “a ser indemnizados” a diferencia del término “reparación” del daño que se utiliza en el art. 1902 del CC.

De lo que no cabe duda es de la aplicación del principio general de la responsabilidad civil constituido por la reparación integral del daño causado, si se quiere que cumpla su función reparadora. La indemnización habrá de ser comprensiva, como hemos señalado en otros apartados, tanto del daño patrimonial experimentado por el perjudicado por el tratamiento de sus datos personales, como del daño moral que éste haya sufrido.

IV.-RECAPITULACIÓN

Como se ha visto a lo largo de este trabajo , la regulación de los ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito y de los conocidos como Ficheros de morosos se encuentra legalmente prevista en la legislación española .El principal problema que estos ficheros suscitan es la utilización de los mismos como *medios de presión para hacer efectivo el pago*. Afirmó el TS en la Sentencia núm 176/2013, de 6 marzo (FJ 4º y 5º) que tales ficheros “*no pueden ser utilizados por las grandes empresas como medios de presión para hacer efectivo el pago de deudas, a menudo de escasa cuantía, ahorrándose los costes de exigir el pago por la vía judicial. Por ello, quienes ceden datos a ficheros de información sobre la solvencia patrimonial han de extremar la diligencia para que los datos cedidos sean veraces y realmente informen sobre la solvencia patrimonial de las personas*” (en el mismo sentido, STS núm. 226/2012 , de 9 abril).

En las líneas siguientes, se aportan algunas reflexiones finales resultantes de lo dicho en las páginas precedentes:

1. Interpretando el art. 29 LOPD afirma el Tribunal Supremo (en la Sentencia de 15 julio 2010) que «la lectura de dichos apartados permite concluir, en una interpretación lógico-sistemática de los mismos, que **el apartado 1** se está refiriendo a los **ficheros positivos o de solvencia patrimonial**, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento y que el **apartado 2** hace mención a **los ficheros negativos o de incumplimiento**, como sin dificultad se infiere, pese a la referencia al "cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones", de que se trata de datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés».
2. Para que los datos de carácter personal puedan ser cedidos al fichero de morosos al que se refiere el art. 29.2 LOPD por el acreedor se han de cumplir, imprescindiblemente, una serie de requisitos , recogidos en el art. 38 RD 1720/2007.
 - a) Que exista una deuda cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada.
 - b) Que haya habido un requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.
 - c) Que no hayan pasado seis años desde el vencimiento de la deuda.
3. Se debe notificar a los interesados respecto de los que se 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 debe informar de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos.

4. El titular de los datos tiene reconocidos los derechos que se regulan en los arts. 15 y ss. LOPD. Estos derechos son: el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como derechos ARCO. El ejercicio de tales derechos es personalísimo, y debe, por tanto, ser ejercido directamente por los interesados ante cada uno de los responsables de los ficheros.
5. Los datos depositados en un fichero de morosos, sólo pueden ser consultados por parte de terceros, cuando es necesario enjuiciar la solvencia económica del afectado, entendiéndose que se da esta circunstancia en cualquiera de los siguientes casos:
 - Si el afectado mantiene con un tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.
 - Si el afectado pretende celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio fijado en el mismo.
 - Si el afectado pretende contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.
6. En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de la inclusión indebida en un registro de morosos para la doctrina mayoritaria se trata de un supuesto de **responsabilidad civil extracontractual**, pues ningún vínculo existe entre el responsable del fichero y el interesado, deudor, cuyos datos se han incluido en aquél.
7. En cuanto a si se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva para la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, se trata de **una responsabilidad civil de carácter objetivo**, aunque limitada a los supuestos en los que existe un incumplimiento de la normativa de protección de datos (en tal sentido SAP de Segovia núm. 121/2002, de 25 abril).
8. La acción de responsabilidad civil puede ser ejercitada por cualquier persona física que haya experimentado un daño patrimonial o moral como consecuencia del tratamiento de sus datos de carácter personal. Así lo establece el art. 19.1 LOPD. La LOPD no ampara a las personas jurídicas, sin perjuicio de que éstas puedan obtener la tutela de su derecho al honor o a la intimidad en virtud de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982.
9. La acción de responsabilidad civil habrá de ejercitarse ante los órganos del orden jurisdiccional civil en el caso de tratarse de ficheros de titularidad privada. Ahora bien, si se trata de ficheros de titularidad pública, la jurisdicción competente no será sino la Contencioso – Administrativa
En todo caso, el perjudicado puede interponer directamente la demanda ejercitando la acción de responsabilidad civil ante el órgano jurisdiccional objetiva, funcional y territorialmente competente sin necesidad de reclamación previa alguna ante la Agencia de Protección de Datos.
10. La responsabilidad civil derivada de la inclusión indebida en los ficheros de morosos no es exclusiva del acreedor que incluye los datos sino que puede

imputarse también al responsable del fichero que no ha actuado con la debida diligencia en el control de la calidad de los mismos.

11. Los perjuicios derivados de la inclusión indebida de una deuda en un fichero de morosos puede ser solicitado por dos vías:

- *Lesión al derecho al honor:* el Supremo en su última sentencia núm 176/2013, de 6 marzo establece que la *inclusión en un registro de morosos por una deuda dudosa constituye una vulneración del derecho al honor.*

Igualmente, el Supremo señala que *constatada la intromisión en el honor, se presume iuris et de iure la causación de un daño moral (art. 9.3 LOPH), independientemente de otros daños patrimoniales acreditados y aunque nadie haya consultado el registro.* Según tiene declarado el TS basta la inclusión indebida en el fichero para que se produzca la intromisión ilegítima y es al valorar el daño moral inferido cuando deberán ponderarse elementos como el tiempo que figuraron los datos en el fichero o si el fichero fue o no consultado por las entidades asociadas (SSTS núm. 284/2009, de 24 abril y núm. 226/2012 de 9 abril)

- *Incumplimiento de la obligaciones previstas en la LOPD:* La infracción de los deberes impuestos al acreedor o al responsable del fichero en la LOPD, sólo dará lugar a la obligación de indemnizar si se prueban los daños ocasionados (art 19 LOPD). No es suficiente con que se produzca una vulneración de derechos del afectado, sino que, es necesario que dicha vulneración produzca un daño o lesión para el individuo. Así, se ha pronunciado el TS, en varias Sentencias , entre otras, STS de 5 julio 2004, STS de 28 diciembre de 2004, STS de 24 abril 2009.

Por tanto , concluyo como afirma el TS “que acudir a este método de presión (como es la inclusión en un registro de morosos) representa una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por el desvalor social que actualmente comporta estar incluida en un registro de morosos y aparecer ante la multitud de asociados de estos registros como morosa sin serlo, que hace desmerecer el honor al afectar directamente a la capacidad económica y al prestigio personal de cualquier ciudadano entendiendo que tal actuación es abusiva y desproporcionada” (STS núm 176/2013, de 6 marzo).

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Española de Protección de datos** “El derecho fundamental a la protección de datos. Guía para el ciudadano”, Documento accesible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUDADANO_OK.pdf , (último acceso, 03/02/2014)
- Agencia Española de Protección de Datos** “Guía de protección de datos para el responsable del fichero”, Documento accesible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_responsable_ficheros.pdf (último acceso, 03/02/2014)
- Álvarez Hernando, J.:** “*Guía práctica sobre protección de datos. Cuestiones y formularios*”, Edic 1ª, Ed. Lex Nova , Vol. 1º, 2011.
- Arcos Vieira, Mª.L.:** *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Ed. Thomson Aranzadi, 2005.
- Busto Lago J.M.:** “La responsabilidad de los responsables de ficheros datos personales y de los encargados de su tratamiento”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5, 2006, pp.1-40.
- Carrancho Herrero, T.:** “Daño al honor derivado de la inclusión en «listas de morosos», *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 100, 2012 , pp. 18-31.
- Cristóbal Montes, A.:** “El daño moral contractual”, *Revista de Derecho Privado*, pp.3 y ss.
- De la Iglesia Monje, M.I.:** “Inclusión injustificada de persona física o jurídica en el Registro de morosos y el derecho al honor análisis jurisprudencial” , *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 88, Nº 731, 2012 , pp. 1549-1567.
- **Díez-Picazo, L.:** “*Derecho de Daños*”, Civitas, 1999.
 - “*El escándalo Moral*”, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.
 - “*Fundamentos del derecho civil patrimonial*” , Thomson Civitas, 6ªEd, 2008.
- Egusquiza Balmaseda, Mª.A.:** “Aspectos civiles de la protección de datos” Publicaciones del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Monografías. Cuadernos Digitales de Formación. Recusos electrónicos. Madrid. CGPJ 2012. nº 29-2012.
- Fernández Martínez, J. M.:** “Registros de morosos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2010, pp.16-29.
- García Izquierdo, S.:** “El Saldo cero y los Ficheros de Prestación de servicios de información sobre Solvencia Patrimonial” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 87, 2002, pp. 297-304.ARC

- García Rubio, M^ºP.:** "Bases de datos y confidencialidad en Internet", (Coord. Por Joseba Aitor Echebarría Sáenz), 2001, p. 487.
- Geijo Castany, M.:** "Comentario al artículo 29 LO 15/1999", en AAVV: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal*, Dir. Troncoso Reigada, A., Civitas, 2010.
- Grimalt Servera, P.:** "La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales", Ed. Comares, 1995, pp. 150 y ss.
- "La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Breviarios jurídicos*, Ed. Lustel, 2007.
- Henche Morillas, J.J.:** "Derecho al honor. Indemnización y daños por inscripción indebida en registros de "morosidad" *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, n^º 9, 2013, pp.19-20.
- Hualde Manso, T.:** "Ficheros de Morosos, nulidad del Reglamento de Protección..." *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8/2013 parte Comentario, Ed Aranzadi, SA, 2013.
- Llamas Pombo, E.:** "Honor y registro de morosos", *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N^º. 53, 2007 , pp. 3-4.
- Lesmes Serrano, C.:** "Ley de Protección de Datos. Análisis Jurisprudencial", Lex Nova, 2008, pp. 396-397
- Magro Servet, V.:** "¿Afecta al derecho al honor de un moroso que aparezca su nombre en un tablón de anuncios? *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n^º 7031, 2008, p 2074-2079.
- Mendoza Losana, A.I.:** "Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos" *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^º. 4, 2012 pp. 142-159.
- "La inclusión en un registro de morosos por una deuda dudosa vulnera el derecho al honor " *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^º. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 256-258.
- Ortí Vallejo , A.:** "Derecho a la intimidad e informática " , Ed. Comares, 1994.
- Parra Lucán, M^a A.:** "Vulneración del derecho al honor por incorrecta inclusión en un fichero de morosos." *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: (civil y mercantil)*, Dykinson 2009, pp. 467-510.
- "Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos" *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3, 2011 pp. 81-113.
- Pérez de Ontiveros Baquero, C.:** "Ficheros de solvencia patrimonial y de crédito cuestiones civiles y su apreciación por los tribunales del orden contencioso-administrativo", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N^º 28, 2012 , pp. 147-183.
- Redacción de Diario La Ley.:** "El incesante goteo de las inclusiones indebidas de datos personales en ficheros de morosidad", *Diario La Ley*, N^º 7807, 2012, pp. 12-13.
- Rovira Sueiro, M^a E.:** "Daños a los derechos de la Personalidad: honor, intimidad y propia imagen" en AAVV: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Coord. Busto Lago, JM, Reglero Campos, L.F.
- Rubio Torrano, E.:** "Inclusión indebida en fichero de morosos: intromisión ilegítima en el derecho al honor" *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 91-95.

- Ruiz Carrillo, A.:** “*Los datos de carácter personal*”, Ed Bosch, 1999.
- Sarazá Jimena, R.:** “Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2011, pp.105-132.
- Troncoso Reigada, A.:** “*Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal*” Civitas, Pamplona, 2010.
- Vega Vega, J.A.:** “*Contratos Electrónicos y protección de los consumidores*”, Ed.Reus S.A, Madrid, 2005
- Viguer Soler, P.L.:** “Estudio de la Jurisprudencia sobre daños morales y patrimoniales derivados de la indebida inclusión en ficheros de morosos de datos inexactos o erróneos”, *Revista de Jurisprudencia* núm. 1, 2008.
- Yzquierdo Tolsada, M.:** “Daños a los derechos de la Personalidad: honor, intimidad y propia imagen” en AAVV: *Tratado sobre Responsabilidad Civil*, Dir. Reglero Campos, L.F Tomo III, Aranzadi, 2008, pp. 313-444.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

➤ *Jurisprudencia del TJCE*

- Sentencia de 24 noviembre 2011.
-

➤ *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

- Sentencia del TC núm. 290/2000 de 30 noviembre.
- Sentencia del TC núm. 139/2007 de 4 junio.
- Sentencia del TC núm. 29/2009 de 26 enero.
- Sentencia del TC núm. 254/1993 de 20 julio.
- Sentencia del TC núm. 110/1984 de 26 noviembre.

➤ *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 176/2013 de 6 de Marzo (Recurso de Casación núm. 868/2011).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 226/2012 de 9 abril (Recurso de Casación núm. 59/2010).
- Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 8 de febrero de 2012 (Recurso de Casación núm. 25/2008).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 836/2011 de 24 noviembre (Recurso de Casación núm. 1785/2009).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 899/2011 de 30 noviembre (Recurso de Casación núm. 1692/2010).
- Sentencia del TS (Sala de Civil, Sección 1ª) núm.86/2010 de 16 de febrero (Recurso de Casación núm. 120/2007).
- Tres Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª)de 15 julio 2010 (Recurso contencioso-administrativo núm. 23/2008) (RJ\2010\6272) , (RJ 2010\6271), (RJ 2011\954).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 284/2009 de 24 abril (Recurso de Casación núm.2221/2002).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª)núm. 692/2008 de 17 julio (Recurso

de Casación núm. 2268/2001).

- Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 febrero 2007 (Recurso núm. 220/2003).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 660/2004 de 5 julio(Recurso de Casación núm. 4527/1999).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm.1163/2001 de 7 diciembre (Recurso de Casación núm. 2483/1996).
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm. 964/2000 de 19 octubre (Recurso de Casación núm. 2423/1995).

➤ ***Jurisprudencia de Audiencias Provinciales***

BARCELONA

- Sentencia AP Barcelona (Sección 14ª) núm. 265/2012 de 10 mayo (Recurso de Apelación núm. 684/2011).
- Sentencia AP Barcelona (Sección 14ª) núm. 561/2006 de 11 octubre (Recurso de Apelación núm. 4/2006).
- Sentencia AP Barcelona (Sección 1ª) núm. 316/2005 de 13 de mayo (Recurso de apelación núm.281/2004).
- Sentencia AP Barcelona (Sección 17ª) de 17 enero 2003 (Recurso de apelación núm. 415/2002).

CACERES

- Sentencia AP Cáceres (Sección 1ª) núm. 364/2009 de 16 septiembre (Recurso de Apelación núm.395/2009).

CANTABRIA

- Sentencia AP Cantabria núm. 723/2007 de 15 noviembre (Recurso de Apelación núm. 334/2007).

BADAJOS

- Sentencia AP Badajoz (Sección 2ª) núm.101/2004 de 29 abril (Recurso de Apelación núm. 184/2004).

MADRID

- Sentencia AP Madrid (Sección 10ª) núm. 54/2012 de 25 enero (Recurso de Apelación núm. 660/2011).

- Sentencia AP Madrid (Sección 13ª) núm. 250/2011 de 11 mayo (Recurso de Apelación núm. 578/2010).
- Sentencia AP Madrid (Sección 11ª) núm. 725/2010 de 11 noviembre (Recurso de Apelación núm. 532/2008).
- Sentencia AP Madrid (sección 12ª) núm. 448/2009 (Recurso de Apelación núm. 404/2008).
- Sentencia AP Madrid (Sección 9ª) núm. 905/2008 de 23 diciembre (Recurso de Apelación núm. 712/2007).
- Sentencia AP Madrid (Sección 19ª) núm. 775/2004 de 20 diciembre (Recurso de Apelación núm. 638/2004).
- Sentencia AP Madrid (Sección 19ª) núm. 30/1999 de 20 enero (Recurso de Apelación núm. 264/1997).

MURCIA

- Sentencia AP Murcia (Sección 1ª) núm. 464/2012 de 18 octubre (Recurso de Apelación núm. 972/2011).

OURENSE

- Sentencia AP Ourense (Sección 1ª) núm. 424/2011 de 5 diciembre (Recurso de Apelación núm. 26/2011).

SEGOVIA

- Sentencia de AP Segovia núm. 121/2002 de 25 abril (Recurso núm. 78/2002).

VALENCIA

- Sentencia AP Valencia (Sección 8ª) núm. 121/2013 de 11 marzo (Recurso de Apelación núm. 706/2012).
- Sentencia AP Valencia (Sección 7ª) núm. 502/2012 de 28 septiembre (Recurso de Apelación núm. 194/2012).

VIZCAYA

- Sentencia AP Vizcaya (Sección 4ª) núm. 159/2010 de 23 febrero (Recurso de Apelación núm. 434/2009).

ZARAGOZA

- Sentencia AP Zaragoza (Sección 5ª) núm. 115/2013 de 21 febrero (Recurso de Apelación núm. 549/2012).
- Sentencia AP Zaragoza (Sección 4ª) núm. 53/2012 de 15 febrero (Recurso de Apelación núm. 567/2011).

- Sentencia AP Zaragoza (Sección 4ª) núm. 111/2009 de 27 de febrero (Recurso de Apelación núm.5/2009).
- Sentencia AP Zaragoza (Sección 5ª) núm.114/2007 de 22 febrero (Recurso de Apelación núm. 657/2006).

ANEXOS

1. *Relación de normativa: ANTEPROYECTO DE REGLAMENTO DE LA UE RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE DATOS.*

Propuesta de Reglamento accesible en la siguiente web:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF>

2. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

En las siguientes páginas , se hará referencia a las sentencias citadas a lo largo del trabajo y que han sido relevantes en el tema objeto de estudio.

La información ha sido obtenida en la Página Web Aranzadi y cada parte contendrá los antecedentes, Fundamentos de Derecho relevantes y el fallo correspondiente.

Sentencias objeto de análisis:

1) Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 176/2013 de 6 de Marzo (Recurso de Casación núm. 868/2011).

2) Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 226/2012 de 9 abril (Recurso de Casación núm. 59/2010).

3) Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 836/2011 de 24 noviembre (Recurso de Casación núm. 1785/2009).

4) Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 284/2009 de 24 abril (Recurso de Casación núm.2221/2002).

1. Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 176/2013 de 6 de Marzo (Recurso de Casación núm. 868/2011)

1. Antecedentes

Los antecedentes del litigio provienen de una deuda menor de 229.10 € derivada del impago de un recibo del seguro del hogar contratada con motivo de la concesión de un préstamo hipotecario (162.02 €) y otros gastos bancarios imputados en cuenta corriente correspondientes a estudios de concesión de un nuevo préstamo para el demandante (18.22 €)

La demandante en su demanda alega una vulneración del derecho al honor y la propia imagen del art 18.1 CE y la normativa de la LO 15/1999 y la LO 1/1982, al entender que al haber optado por su parte al cambio de entidad financiera en la concesión del crédito hipotecario debía conllevar una cancelación de los contratos derivados de la misma operación. Entiende asimismo, que la inclusión indebida tanto de su marido como de ella en un registro acarrea un daño moral reclamando por dicho daño la cantidad de 18.000 euros (9.000 € para cada uno)

Tanto el Juzgado de 1ª instancia de Barcelona como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y posterior recurso de apelación, determinando que los negocios celebrados (seguro del hogar y apertura de cuenta corriente) son independientes del préstamo hipotecario, si bien están vinculados pero obedecen a una relación jurídica autónoma y diferenciada.

El TS revoca dichas sentencias y asienta una doctrina, establece criterios claros sobre los requisitos exigibles para la inclusión de este tipo de deuda en los ficheros. El TS establece que para que la inscripción sea apropiada debe de tratarse de una deuda veraz y no controvertida, circunstancias que no se deban en el caso expuesto, al existir prueba documental de que la parte actora había requerido a la entidad financiera y por lo tanto la deuda era cuestionada desde su origen.

2.Fundamentos de derechos relevantes

Cuarto.- El derecho al honor y los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito.

A)“El artículo 18.1 CE (RCL 1978, 2836) reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho al honor al ser una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE .

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14) , FJ 12); impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 216) , FJ 7).

El artículo 7.7 LPDH (RCL 1982, 1197) define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por 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. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782) y 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 2659)) «...es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social -trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la minusvaloración actual de tal derecho de la personalidad».

Esta Sala, en su Sentencia de Pleno de 24 de abril de 2009 (RJ 2009, 3166) , RC n.º 2221/2002 , reiterando la doctrina que ya sentó la STS de 5 de julio de 2004 (RJ 2004, 4941) ha estimado que la inclusión en un 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 estimación, precisando que es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LPDH (RCL 1982, 1197) .

Por todo ello, la inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos reviste gran trascendencia por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia la misma, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser de la máxima diligencia para evitar posibles errores. En suma, la información publicada o divulgada debe ser veraz, pues de no serlo debe reputarse contraria a la ley y, como acto ilícito, susceptible de causar daños a la persona a la que se refiere la incorrecta información. La veracidad de la información es pues el parámetro que condiciona la existencia o no de intromisión ilegítima en el derecho al honor, hasta tal

punto que la STS de 5 julio 2004 antes citada, señala que la veracidad de los hechos excluye la protección del derecho al honor; en efecto, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que sea legítimo el derecho constitucional de comunicar libremente información es preciso entre otros requisitos que lo informado sea veraz, lo que supone el deber especial del informador de comprobar la autenticidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, empleando la diligencia que, en función de las circunstancias de lo informado, medio utilizado y propósito pretendido, resulte exigible al informador”.

B)” Norma esencial en la materia es la LO 15/1999 de 13 diciembre (RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que derogó la LO 5/1992 de 29 octubre (RCL 1992, 2347) de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Dicha ley, según dice su artículo 1 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.

De lo expuesto resulta que la propia LOPD está encaminada de modo primordial a la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, de su honor e intimidad personal y familiar en todo lo relacionado con la utilización de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptibles de tratamiento (artículos 1 y 2).

La LOPD permite garantizar a toda persona un poder de control sobre sus datos personales sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Según el TC, se trata de proteger los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada unidos al respeto a la libertad personal y al derecho al honor.

En el marco de esta LOPD su artículo 4 dentro del Título II referido a los «Principios de la Protección de datos», establece como exigencia para la recogida y tratamiento de los datos que sean pertinentes y adecuados a la finalidad para la que fueran recogidos y que sean exactos en el momento de instar la correspondiente inscripción.

Dicha Ley regula en los artículos 5, 14, 15 y 16 el derecho de información en la recogida de datos, el derecho a la consulta al Registro de Protección de Datos, el derecho al acceso a la información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento y el derecho de rectificación de datos inexactos o incompletos, y en concreto, dedica el artículo 29 a lo que denomina prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (que prácticamente reproduce el antiguo artículo 28 LO 5/1992), precepto del que se desprende que quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y el crédito, solo pueden tratar datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público, procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento, o relativas al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúa por su cuenta o interés. En estos casos debe notificarse al interesado respecto de quien se hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de 30 días, una referencia de los que hayan sido incluidos y de su derecho a recabar información de todos ellos (artículo 29,1 y 2); cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento debe comunicarle los datos así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre los mismos hayan sido comunicadas en los últimos 6 meses y el nombre y entidad a la que se hayan revelado los datos (artículo 29,3), que deben ser veraces y en ningún caso deben tener una antigüedad superior a 6 años cuando sean adversos (artículo 29,4). Por su parte el artículo 19 LOPD , fundamental en la materia que nos ocupa, reconoce al interesado el derecho a ser indemnizado cuando sufra daño o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de la Ley por el responsable o encargado del tratamiento. En todo caso, hay que partir de la premisa de que los datos registrados y divulgados deben ser exactos y puestos al día de forma que respondan a la situación actual del afectado, y si resultan ser inexactos, deben ser rectificadas, cancelados o sustituidos de oficio sin perjuicio del derecho de rectificación reconocido en el artículo 16, así como cuando hayan dejado de ser necesarios (artículo 4).

Ya a nivel reglamentario, debe precisarse que el RD 1720/2007 de 21 de diciembre (RCL 2008, 150) aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999 y deroga a su vez el RD 1332/1994, de 20 junio (RCL 1994, 1707) por el que se desarrollaron determinados aspectos de la LO 5/1992, de 29 octubre de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y el RD 994/1999,

de 11 junio (RCL 1999, 1678) por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados de datos de carácter personal. En su artículo 38 (según la nueva redacción dada por el apartado 2 de la STS, Sala 3.ª, de 15 de julio de 2010 (RJ 2011, 954)) se especifican los requisitos para la inclusión de los datos indicando en el apartado 1.º que solo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible.
- b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico.
- c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.”

C)” Por otro lado, es sumamente interesante la Instrucción núm. 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos (RCL 1995, 796) relativa a la Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito, que aunque se dictó bajo la vigencia de la LO 5/1992 para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la Ley en virtud de la facultad conferida a la Agencia de Protección de Datos por el artículo 36 de la misma, continúa en vigor, y lo cierto es que dicha Instrucción es frecuentemente citada en las numerosas sentencias dictadas en la materia.

Pues bien; de acuerdo con la Norma primera de dicha Instrucción, 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 LO 5/1992 (hoy artículo 29 LO 15/1999), debe efectuarse solamente cuando concurran los siguientes requisitos:

- Existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada y
 - Requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación.
- 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.
- 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.
 - La comunicación del dato inexistente o inexacto, con el fin de obtener su cancelación o modificación, deberá efectuarse por el acreedor o quien actúe por su cuenta al responsable del fichero común en el mínimo tiempo posible, y en todo caso en una semana.

En suma, la mencionada Instrucción (y la propia LO 15/1999) descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud, y en cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza”.

Quinto.- Aplicación de la doctrina anterior al caso enjuiciado. Existencia de vulneración del derecho al honor.

“La aplicación de la doctrina expuesta en el FJ anterior al supuesto que nos ocupa conlleva la estimación del motivo de casación. Y esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal al evacuar el trámite correspondiente, se basa en las siguientes consideraciones:

A) Se alega en el recurso de casación interpuesto la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D.ª Luz como consecuencia de la difusión o divulgación de datos indebidamente incluidos en ficheros automatizados relativos a su solvencia patrimonial. En concreto, sostiene que el cargo efectuado en la cuenta corriente de la recurrente por importe de 162,02 euros (prima del seguro) y de 18,22 euros (apuntes que se corresponden a las averiguaciones patrimoniales que Caja Duero realizó para estudiar una operación de financiación de los intereses y costas pendientes de pago en un procedimiento de

ejecución derivado de un préstamo personal) era indebido puesto que ella al cancelar el 8 de febrero de 2008 anticipadamente el préstamo con garantía hipotecaria suscrito por subrogación del mismo a otra entidad financiera, dio orden de cancelar los contratos vinculados a este, esto es, el contrato de seguro de hogar y la cuenta corriente n.º NUM002 que figuraba con un descubierto de 229,10 euros, razón por la que afirma que la deuda por la que fue inscrita en los registros Asnef- Equifax y Experian Bureau de crédito era inexistente o cuanto menos controvertida al haber mostrado la Sra. Luz, desde el mismo momento en el que tomó conocimiento de la misma, su disconformidad al respecto. Además insiste en que Caja Duero no efectuó un requerimiento formal de pago previo a la cesión o inclusión de sus datos personales en los registros de solvencia patrimonial sino tan solo una comunicación rutinaria de información de descubierto, tras lo cual procedió a la inmediata inclusión de sus datos en los ficheros de morosos, pese a existir discrepancias en cuanto a la realidad de la deuda. En todo caso, concluye que una presunta deuda de 229,10 euros no cumple con el requisito del artículo 29.4 de la LOPDP (RCL 1999, 3058), dado que dicha cantidad no puede considerarse útil para valorar la solvencia económica de la Sra. Luz, por lo que por lo que la cesión de sus datos a un fichero de morosos constituye un ejercicio abusivo y desproporcionado del derecho.

B) La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto por ambos demandantes fundándose en que no existió intromisión ilegítima en el derecho al honor al estimar cierto y exigible el cargo que originó el descubierto de ambos demandantes puesto que la extinción en fecha de 8 de febrero de 2008 del préstamo hipotecario de Caja Duero por subrogación del mismo a favor del banco Sabadell Atlántico no ocasionaba automáticamente la extinción de los dos productos asociados o vinculados (seguro y cuenta corriente), estando acreditada la subsistencia autónoma de ambos.

C) Las circunstancias del caso examinado, no permiten llegar a la conclusión a que llega la sentencia recurrida cuando entiende que concurren en el caso que nos ocupa los presupuestos de la certeza del descubierto y de la exigibilidad de la deuda, ya que esta era, cuando menos, dudosa por las siguientes razones:

- La sentencia recurrida reconoce que el préstamo hipotecario, la apertura de la cuenta corriente y el contrato de seguro de hogar eran operaciones que estaban causalmente relacionadas, como lo demuestra la explícita vinculación recogida en la propia póliza de seguro entre dicho contrato y el de préstamo hipotecario que le sirve de antecedente y la cuenta corriente donde se domiciliaba el importe de las primas (documentos n.º 2 y 3 de la demanda).

- Esta vinculación es aceptada por la entidad demandada en su contestación a la demanda cuando admite que en cumplimiento de una de las obligaciones asumidas por la parte prestataria en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, se suscribió la póliza del seguro de hogar con una entidad perteneciente al mismo grupo empresarial que la entidad prestamista y que la cuenta corriente se hallaba vinculada a dicho préstamo hipotecario.

De esta forma, probada la orden de cancelación de la operación principal, esto es, del citado préstamo hipotecario, subsiste cuando menos la duda de si debían considerarse subsistentes las demás.

- Existen al menos dudas sobre si el seguro podía considerarse extinguido por desaparición del interés asegurado (STSS de 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1078) y 23 de marzo de 2006 (RJ 2006, 6292)) puesto que al estar directamente vinculado al préstamo hipotecario, como lo declara probado la sentencia recurrida, con la cancelación anticipada de este desaparece para la entidad Caja Duero como acreedor hipotecario el riesgo de pérdida del inmueble hipotecado que el seguro cubría, no correspondiéndole por tanto para el caso de que aconteciera el riesgo asegurado el importe de la indemnización.

- Respecto a la cuenta corriente, aun cuando pudiera entenderse subsistente, dada la falta de prueba de su cancelación, no cabe entender que los cargos que figuran en la misma deban de considerarse ciertos y debidos sin más, sino que la entidad Caja Duero debe probarlos. En el caso que nos ocupa además del importe de la prima del seguro de hogar, se cuestiona si los dos apuntes de 9,11 euros también determinantes del saldo deudor que se incluye en los ficheros eran procedentes, especialmente cuando la sentencia recurrida admite la posibilidad de que fuera la entidad de crédito la que cargara los gastos devengados por las gestiones que pudiera haber realizado la Caja para la solicitud de un nuevo crédito en dicha cuenta, como cuenta vinculada, sin que los recurrentes lo hubieran consentido.

- La entidad demandada conocía por las conversaciones mantenidas que la deuda era de veracidad dudosa y existencia controvertida, lo que se constató formalmente a través del burofax enviado el 29 de octubre de 2008.

La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman.

Por tanto, esta Sala estima que acudir a este método de presión representa en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente, por el desvalor social que actualmente comporta estar incluida en un registro de morosos y aparecer ante la multitud de asociados de estos registros como morosa sin serlo, que hace desmerecer el honor al afectar directamente a la capacidad económica y al prestigio personal de cualquier ciudadano entendiendo que tal actuación es abusiva y desproporcionada, apreciándose en consecuencia la infracción denunciada”

Sexto.-Cuantía de la indemnización.

La estimación del recurso determina que esta Sala, asumiendo funciones de instancia se pronuncie sobre las pretensiones contenidas en la demanda.

Apreciada la intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 LPDH (RCL 1982, 1197)«[l]a indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.»

En cuanto a las circunstancias del caso, en la medida en que la ley no las concreta, ha señalado esta Sala, sentencia de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 142), RC n.º 1131/2006 que «queda a la soberanía del tribunal de instancia hacerlo, señalando las que, fruto de la libre valoración probatoria, han de entenderse concurrentes y relevantes en este concreto caso para cifrar la cuantía indemnizatoria».

En la demanda se solicitaba una indemnización de 9. 000 € para cada uno de los demandantes, siendo dicha cantidad a juicio de esta Sala proporcional con el perjuicio moral causado.

También solicitaba en la demanda que se condenara a la demandada a la cancelación de los datos todavía contenidos en los registros de morosos, así como a la notificación de dicha cancelación a todas las personas a quienes se hubieran comunicado o cedido los datos, petición que igualmente debe ser estimada para el supuesto de que no hayan sido retirados.”

3. Fallo

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a M. Luz , contra la sentencia de 19 de enero de 2011 (AC 2011, 301), dictada por la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación n.º 22/2010 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Imanol y de D.^a Luz contra la sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 30 de los de Barcelona , en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, haciendo expresa imposición de las costas originadas en la presente alzada procedimental a la parte recurrente.»

Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en cuanto se refiere a la desestimación de la demanda interpuesta por D.^a Luz dejando subsistentes los pronunciamientos de la misma en cuanto se refieren al otro demandante D. Imanol .

En su lugar, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, revocamos la sentencia de 22 de julio de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 30 de Barcelona en el juicio ordinario n.º 63572007 y estimamos en parte la demanda interpuesta por D. Imanol y D.^a Luz contra Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (Caja Duero) ahora Banco de España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., y declaramos que la actuación de la demandada ha supuesto una vulneración del derecho al honor de D.^a Luz , condenando a la entidad demandada a abonarle la suma de 9 000 euros , en concepto de indemnización por los daños morales causados, y a cesar inmediatamente en tal intromisión, realizando lo necesario para eliminar los datos referentes a los demandantes en los registros de morosos Asnef-Equifax y Experian Bureau de Crédito, notificando la cancelación de los datos de los registros a todas las personas a quienes se hubiere comunicado o cedido los mismos sin hacer expresa imposición de costas respecto de la expresada demandante.

2. Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 226/2012 de 9 abril Recurso de Casación núm. 59/2010)

1. Antecedentes

Se interpuso por D.^a Adela demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor contra Banco Cetelem, S.A., y Asnef Equifax, S.L., por haber incluido a la demandante en una base de morosos tras una suplantación de personalidad y dicha inclusión afectó a su reputación y buen nombre y por ello no pudo acceder a un crédito para comprarse un coche y solicitó se condene a los demandados a que se cancelen de forma inmediata los datos de la base correspondiente por no ser ciertos y que indemnicen a la demandante en la cantidad de 12 000 € o en aquella cantidad que se estime adecuada y, en todo caso, al abono del importe del vehículo que adquirió.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Valencia desestimó la demanda fundándose, en síntesis, en que: (a) el Banco Cetelem comunicó a Asnef Equifax, S.L., empresa que prestaba servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito, una incidencia el 24/06/2003, pues había concedido un préstamo mercantil el 31 de enero de 2003 por importe de 1355 euros que había resultado impagado; y este préstamo se concedió a quien se presentó como la demandante con su DNI, aportando nómina y comunicación de prórroga de contrato de trabajo; (b) no consta que la demandante haya solicitado información a Banco Cetelem ni que haya efectuado ningún requerimiento a esta entidad, informando de una posible suplantación de personalidad o irregularidad en relación al citado crédito, pues Banco Cetelem tuvo conocimiento de estas circunstancias cuando fue requerido por el Juzgado de Instrucción n.º 19 de Valencia para que remitiese la documentación relativa al crédito; (c) Banco Cetelem, S.A., ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones, comunicando al fichero de Asnef el impago del crédito que reunía los requisitos para ser tenido por cierto; (d) Asnef Equifax, S.L., como prestadora de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, mediante fichero automatizado, ha cumplido escrupulosamente con las obligaciones impuestas por la normativa reguladora según la prueba documental; (e) Asnef se limita a incorporar los datos a su fichero y darles el tratamiento previsto en la LPD (RCL 1999, 3058) , siendo el acreedor el que comunica los datos y solicita, en su caso, su cancelación, asumiendo la responsabilidad sobre su exactitud y veracidad; (f) la demandante solicita que se condene a Asnef Equifax, S.L., a cancelar los datos referidos a la supuesta deuda con Banco Cetelem, S.A., por no ser ciertos y dicha pretensión no puede ser acogida, pues el 11 de febrero de 2005, se dio de baja a la demandante en el fichero a solicitud de Effico, cesionario del crédito, por lo que no cabe cancelar datos que ya no figuran y que tampoco figuraban en la fecha de presentación de la demanda (22 de junio de 2005); (g) en cuanto a que los datos relativos al crédito con Cetelem no sean ciertos, no está acreditada la suplantación de personalidad que la demandante alega para impugnar el contrato de préstamo, ni la falsedad de la firma del prestatario, pues las diligencias previas del Juzgado de Instrucción n.º 19 de Valencia terminaron por sobreseimiento libre; y, (h) al no existir intromisión ilegítima en el derecho al honor no procede la indemnización solicitada.

Contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 17 de Valencia interpuso recurso de apelación la demandante.

La Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación de la demandante, fundándose, en síntesis, en que: (a) la demandante funda su recurso en una errónea valoración de la prueba por lo que resulta necesaria una revisión de las actuaciones; (b) según la demandante la demandada la incluyó en un registro de morosos por una deuda que no existía, pues nunca contrató con Cetelem; (c) el objeto de este proceso es determinar si el dato que comunicó la parte demandada al titular del fichero y a esa fecha, era exacto, veraz y correspondía a la situación real, pero no si la demandante debía o no la cantidad que figuraba en el fichero; (d) sostiene la demandante que su inclusión en el fichero le produce un descrédito y desmerecimiento y constituye una intromisión ilegítima en su derecho al honor; (e) la STS del Pleno de 24 de abril de 2009 (RJ 2009, 3166) , ha establecido que la inclusión en un 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 estimación; (f) en el supuesto que nos ocupa no existe la intromisión ilegítima denunciada, pues falta en la conducta de la entidad demandada el requisito de la culpabilidad, pues no obra en autos ningún dato del que pueda deducirse que la entidad demandada con anterioridad a instar la inclusión de la demandante en el registro de morosos conocía la posibilidad de que no existiera la relación contractual, pues al formalizarse el contrato de préstamo se aportó el DNI de la demandante, su nómina con una empresa y cheque justificativo de ser titular de una cuenta corriente; (g) ha resultado probado que la demandada al tener noticias de la existencia de las diligencias penales el 11 de febrero de 2005 dio de baja a la demandante en el fichero, es decir, antes de la presentación de la demanda (22 de junio de 2005); (h) queda por determinar si el alta en el fichero fue un error de Cetelem como sostiene la apelante y si dicha equivocación ha perjudicado su derecho al honor y debe tenerse en cuenta que el demandado actuó en virtud de unos documentos de apariencia real, el préstamo se concedió, luego la deuda era cierta, líquida y exigible aunque según se desprende de las diligencias penales no imputable a la demandante, pero ello no implica un actuar culposo de la parte demandada, pues su actuación vino respaldada por unos documentos que tenían toda la apariencia de ser reales y veraces y cuando tuvo constancia de que no obedecían a la realidad, actuó de forma diligente dando de baja a la demandante en el fichero.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la demandante, que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1.º LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

2. Fundamentos de Derecho

Cuarto.- El derecho al honor y los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito.

A) El artículo 18.1 CE (RCL 1978, 2836) reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho al honor al ser una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE .

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14) , FJ 12), que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 216) , FJ 7).

La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Reiterada doctrina de esta Sala (SSTS de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2237) , 20 de diciembre de 1993 ; 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3737) ; 12 de mayo de 1995 ; 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9019) ; 20 de marzo de 1997 , 21 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4122) , 24 de julio de 1997 , 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7938) , 15 de diciembre de 1997 ; 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 126) , 27 de julio de 1998 y 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9771) ; 22 de enero de 1999 ; 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1157) , 26 de junio de 2000 ; 30 de septiembre de 2003 ; 18 de marzo de 2004 , 5 de mayo de 2004 , 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5460) , 18 de junio de 2007) admite que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor.

El artículo 7.7 LPDH define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por 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. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782) y 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 2658)) «...es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social -trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la minusvaloración actual de tal derecho de la personalidad».

Tras la reforma del artículo 7.7 LPDH por la DF 4.ª LO 10/1995, de 23 de noviembre (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , el legislador amplió los supuestos en los que se produce vulneración del derecho al honor con la intencionada supresión del requisito de la divulgación, sin que sea necesario el mismo para la comisión de la intromisión ilegítima.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 180) , FJ 4, 52/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 52) , FJ 5 y 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51) , FJ 3) el honor constituye un «concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento».

La inclusión indebida de datos de personas físicas en un fichero de solvencia patrimonial constituye una intromisión en el honor - no en la intimidad- de estas, no en vano la publicación de la morosidad de una persona incide negativamente en su buen nombre, prestigio o reputación, en su dignidad personal en suma. Así se desprende del artículo 7.7 LPDH y en este sentido, la STS de 5 de julio de 2004 (RJ 2004, 4941), RC n.º 4527/1999 , según la cual el ataque al honor del demandante, lo conforma el hecho probado de la inclusión indebida en el registro de morosos, por deuda inexistente, 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 forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas.

Más recientemente, la sentencia del Pleno de esta Sala de 24 de abril de 2009 (RJ 2009, 3166), n.º 2221/2002 , según la cual, cuando un ciudadano particular o profesionalmente comerciante, se ve incluido en dicho registro, lo cual le afecta directamente a su dignidad, interna o subjetivamente e igualmente le alcanza, externa u objetivamente en la consideración de los demás, ya que se trata de un imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo. Y es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LPDH.

B) Por otra parte, según el artículo 18.4 CE (RCL 1978, 2836) la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor. En cumplimiento de este mandato constitucional se aprobó la LPD cuyo artículo 1 se pronuncia en los siguientes términos: «[l]a 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».

De lo expuesto resulta que la propia LPD está encaminada de modo primordial a la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, de su honor e intimidad personal y familiar en todo lo relacionado con la utilización de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptibles de tratamiento (artículos 1 y 2).

A propósito de la LPD, la STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292), definió el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como «un derecho o libertad fundamental [...] frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos lo que la Constitución llama la informática».

La LPD permite garantizar a toda persona un poder de control sobre sus datos personales sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Según el TC, se trata de proteger los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada unidos al respeto a la libertad personal y al derecho al honor.

En el marco de esta LPD su artículo 4 dentro del Título II referido a los «Principios de la Protección de datos», establece como exigencia para la recogida y tratamiento de los datos que sean pertinentes y adecuados a la finalidad para la que fueran recogidos y que sean exactos en el momento de instar la correspondiente inscripción.

Por otra parte, el artículo 29LPD regula la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito y el referido artículo en su párrafo 2.º se refiere al tratamiento de los datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor.

Y en cuanto a la calidad de los datos objeto de tratamiento, la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo (RCL 1995, 796), de la Agencia de Protección de Datos, en relación a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito exige con carácter previo a la inclusión en el fichero que exista una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada”.

Quinto.-“Vulneración en el supuesto enjuiciado del derecho al honor.

La aplicación de la doctrina expuesta en el FJ anterior al supuesto que nos ocupa conlleva la estimación del segundo motivo de casación. Y esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal al evacuar el trámite correspondiente, se basa en las siguientes consideraciones:

A)Se alega la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, pues su inclusión en el fichero fue errónea partiendo del dato de que nunca contrató un préstamo con la entidad demandada.

B) La Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la recurrente fundándose en que no existió intromisión ilegítima en su derecho al honor, pues Banco Cetelem, S.A., en virtud de unos documentos de apariencia real concedió el préstamo, en consecuencia, la deuda era cierta, líquida y exigible, aunque según se desprende de las diligencias penales no imputable a la recurrente. No obstante, la Audiencia Provincial de Valencia no apreció la culpabilidad de Banco Cetelem, S.A., pues su actuación estaba respaldada por unos documentos que tenían toda la apariencia de ser reales y veraces y cuando tuvo constancia de que no lo eran, actuó de forma diligente dando de baja la inclusión de la demandante en el fichero.

Las circunstancias del caso examinado, una vez valorados los hechos por parte de esta Sala teniendo en cuenta lo expuesto en el FJ anterior permiten llegar a la conclusión de que está suficientemente

justificado que existió una intromisión en el derecho al honor de la demandante, pues la propia sentencia recurrida reconoce que el crédito concedido por Banco Cetelem, S.A., «según se desprende de las diligencias penales no era imputable a la demandante», y por tanto, la deuda no era exigible a la recurrente, pues nunca contrató ningún préstamo con la misma y, por tanto, la inclusión de la demandante en el fichero fue errónea.

Comunicar hechos no veraces a un registro de morosos es una conducta contraria a los buenos usos y prácticas bancarios, pues las entidades bancarias deben velar de modo muy prudente por la exacta comunicación de tan importantes datos, atendiendo también a los perjuicios que pueden causar cuando alguien falsamente es considerado moroso.

De lo expuesto resulta que se produjo una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente (artículo 7.7 LPDH), pues la inclusión en el fichero le hace desmerecer ante los demás, al menos en su aspecto de cumplidor de sus obligaciones de carácter económico y la permanencia en ese fichero con la publicidad que comporta habrá de ponderarse en el momento de determinar la indemnización.

En consecuencia, la inclusión indebida de la recurrente en el fichero de solvencia patrimonial provoca un menoscabo de su buen nombre, de la consideración social o económica de la titular de los datos, en definitiva, una intromisión en su dignidad o prestigio y un notorio descrédito.

De todo ello se concluye, coincidiendo con el informe del Ministerio Fiscal en esta sede que la inclusión indebida de la demandante en el fichero de solvencia patrimonial gestionado por Asnef Equifax a instancia de Banco Cetelem, S.A., constituyó una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante.

Sexto.-Cuantificación del daño moral.

Estimado el recurso de casación y reconocida la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor surge el derecho a la indemnización para la reparación del daño causado, así según el artículo 1 LPD (RCL 1999, 3058), esta Ley 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. Y tanto la LPDH como en la LPD contemplan la posibilidad de indemnización en los supuestos de vulneración de la normativa que regula la materia. Concretamente, según el artículo 19.1LPD «[l]os 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», y el artículo 9.3 LPDH declara que «[l]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

En cuanto a las circunstancias del caso, en la medida en que la ley no las concreta, ha señalado esta Sala, sentencia de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 142), RC n.º 1131/2006 que «queda a la soberanía del tribunal de instancia hacerlo, señalando las que, fruto de la libre valoración probatoria, han de entenderse concurrentes y relevantes en este concreto caso para cifrar la cuantía indemnizatoria».

La recurrente en su demanda solicitó 12 000 €, o aquella cantidad que se estime adecuada y, en todo caso, al abono del importe del vehículo que adquirió. Según la citada STS del Pleno de 24 de abril de 2009 basta la inclusión indebida en el fichero para que se produzca la intromisión ilegítima. Por otra parte, deberá ponderarse el tiempo que figuraron los datos en el fichero y si el fichero fue o no consultado por las entidades asociadas.

Así, según resulta de los autos se incluyó a la demandante en el fichero de Asnef Equifax a instancia de Banco Cetelem el 24 de junio de 2003 y la baja a instancia de Effico (cesionaria del crédito) se produjo

el 11 de febrero de 2005 cuando Banco Cetelem fue requerido por el Juzgado de Instrucción n.º 19 de Valencia para que remitiese la documentación relativa al crédito supuestamente concertado por la recurrente. Por otra parte, según el histórico de consultas, el fichero fue consultado en tres ocasiones.

Todos estos elementos deben valorarse en orden a la cuantía de la indemnización por los daños morales padecidos y se considera procedente, a tenor de la entidad del daño sufrido en ponderación con las circunstancias citadas, entre ellas, la repercusión, el tiempo de permanencia en el fichero correspondiente y la publicidad por el número de consultas, la concesión de una indemnización de 12 000 € ponderando según la jurisprudencia las circunstancias del caso.

En cuanto a la responsabilidad por la referida intromisión ilegítima debe tenerse en cuenta que el artículo 19LPD se pronuncia en los siguientes términos: «[l]os 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». Y el artículo 29LPD en relación a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito precisa en su párrafo 2.º que «[p]odrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitadas por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés». Del examen de los autos resulta que fue Banco Cetelem, la entidad que suministró los datos al titular del fichero Asnef Equifax S.L., y el mantenimiento de los datos, su exactitud y veracidad están bajo la exclusiva responsabilidad del acreedor que comunica el impago, por tanto, debe ser Banco Cetelem, S.A., el que indemnice a la recurrente. En este sentido, se pronuncia el artículo 43.2 del RD. 1720/2007, de 21 de diciembre (RCL 2008, 150) , que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LPD: «El acreedor o quien actúe por su cuenta el 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 (RCL 1999, 3058) ».

De lo expuesto se concluye que Banco Cetelem, S.A., deberá abonar a la recurrente la cantidad de 12 000 € en concepto de indemnización.

3. Fallo

En definitiva, **el Tribunal Supremo**, estima el recurso de casación y **reconoce** la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor (no, a la intimidad), de la que surge **el derecho a la indemnización para la reparación del daño causado, que se extenderá al daño moral, valorado atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida**, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido (Art 9.3 LOPH). Todos esos elementos fueron valorados en orden a la cuantía de la indemnización por los daños morales padecidos, considerando procedente -a tenor de la entidad del daño sufrido en ponderación de las circunstancias citadas, entre ellas, la repercusión, el tiempo de permanencia en el fichero correspondiente y la publicidad por el número de consultas- la concesión de una indemnización de 12.000 €.

3. Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 284/2009 de 24 abril (Recurso de Casación núm.2221/2002)

1. Antecedentes

La demandante Doña Teodora era titular de una cuenta corriente en la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). En esa cuenta tenía domiciliados los cargos de su tarjeta de crédito VISA. El día 25 de mayo de 2000 se efectuó en la cuenta un cargo procedente de la tarjeta VISA por importe de 174.962 pesetas bajo el concepto “Cia , nacional Air France”. Queda probado que el cargo no era debido, pues no había realizado ninguna operación con su tarjeta por el importa y el concepto cargado. Entre junio de 2000 y abril de 2001, Doña Teodora realiza una serie de reclamaciones telefónicamente a la línea directa de Argentaria; por escrito, en impresiones y en la oficina principal; ante el defensor del Cliente; ante el Banco de España; y presenta denuncia en la comisaría de Policía. La entidad bancaria siguió reclamando aquella cantidad incrementándola con intereses y gastos y comunicó los datos personales y la cantidad adeudada a dos empresas que gestionan registros de solvencia patrimonial “Badex y Asnef – Equifax”, las cuales los incluyeron en sus ficheros informáticos. La inclusión en tales ficheros se mantuvo durante doce días; nadie consulto dichos datos.

2. Fundamentos de Derecho

Segundo.- - *“Esta Sala, en pleno, ha mantenido la posición de entender que la inclusión, faltando a la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial -los llamados "registros de morosos"- implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro, erróneamente. Con lo cual se reitera la doctrina que ya sentó la sentencia de 5 de julio de 2004 (RJ 2004, 4941) 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". Y respecto a la vulneración del derecho al honor, concluye que "lo conforma el hecho probado de la inclusión indebida en el registro de morosos, por deuda inexistente, 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 forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas."*

Asimismo, se acepta el fallo de la sentencia recurrida aunque no la fundamentación en el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo , de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que se refiere a la protección del derecho a la intimidad en su faceta de revelación del secreto profesional, ni tampoco en el artículo 7.3 que es relativo también al derecho a la intimidad, y que es el caso de la sentencia de 16 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6746) que apreció atentado a la intimidad, además de a la imagen, la publicación in consentida de fotos de una mujer que se había practicado cirugía estética en el rostro, lo que "constituye la revelación de un dato privado que, además, se divulga con base en unas fotografías obtenidas por el propio médico interviniente" como dice el fundamento tercero de la misma. Ambas normas han sido manejadas por las sentencias de instancia, pese a que la acción ejercitada ha sido explícitamente dirigida a la protección del derecho al honor de la demandante por haber sido incluida en el mencionado registro. Ciertamente, pueden entremezclarse y hasta confundirse honor e intimidad y mucho más la intimidad y la imagen, pero son derechos distintos entre sí (la sentencia de 26 de julio de 2008 (RJ 2008, 5510) , entre otras

muchas anteriores, destaca que "son tres derechos distintos y no un solo derecho trifronte") y en el presente caso (como en el de la citada sentencia de 5 de julio de 2004 [RJ 2004, 4941]) se ha pretendido, como específica y acertada pretensión, la protección del derecho al honor.

La definición legal de éste, como intromisión ilegítima, se halla en el artículo 7.7. de la mencionada Ley Orgánica (RCL 1982, 1197) : 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.

La definición doctrinal, recogida y reiterada en la jurisprudencia, (desde la sentencia de 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6205)) es: dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. De cuya definición derivan los dos aspectos también reiterados en la jurisprudencia (desde la sentencia de 23 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1716)): el aspecto interno o inmanencia, como sentimiento de la propia dignidad, subjetivo y el aspecto externo o trascendencia, como sentimiento de los demás a la propia persona, objetivo (lo destacan, entre otras muchas anteriores, las sentencias de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4495) y 17 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1495)).

Atendiendo a la definición doctrinal, al texto legal y al doble aspecto del honor, la inclusión de una persona en el llamado "registro de morosos", esta Sala en pleno, ha resuelto como doctrina jurisprudencial que, como principio, la inclusión en un 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 estimación.

Efectivamente, tal persona, ciudadano particular o profesionalmente comerciante, se ve incluido en dicho registro, lo cual le afecta directamente a su dignidad, interna o subjetivamente e igualmente le alcanza, externa u objetivamente en la consideración de los demás, ya que se trata de un imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo. Y es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982 (RCL 1982, 1197) ” .

Tercero.- “ Como se ha apuntado al principio, las sentencias de instancia han estimado la demanda y condenado a la entidad bancaria demandada. Esta ha formulado el presente recurso de casación, con un motivo único en el que se alega la infracción por aplicación indebida, del artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197) , en relación con el artículo 18.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y con los artículos 1 y 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058) , de protección de datos de carácter personal.

El recurso se articula en varios apartados, que comienza con el que únicamente destaca que los datos suministrados a los ficheros de morosos eran "cuando menos dudosos" lo cual no es así, sino que se declara que eran rotundamente falsos, era un error respecto a una deuda inexistente, cuya inexistencia fue denunciada por la interesada durante diez largos meses y en este lapso fue incluida en los registros; destaca asimismo que el registro, en cuanto a esta interesada, no fue consultado por ningún usuario de los ficheros, lo cual es intrascendente ya que la imputación de hechos (el ser moroso) que desmerecen la dignidad, ha salido de la esfera interna acreedor/deudor, que además no eran tales y hay la posibilidad de conocimiento; la efectiva divulgación de la imputación que exigía el artículo 7.7 de la Ley Orgánica ha sido eliminada por la reforma y nueva redacción del texto legal que impuso la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , del Código penal. En el desarrollo del motivo único de este recurso de casación se destaca a continuación la causa petendi y la ratio decidendi.

Aquélla es la pretensión de protección del derecho al honor fundada en la repetida Ley Orgánica de 1982 (RCL 1982, 1197) y ésta es igualmente el honor, aunque lo apoya en el artículo 7.4 de

dicha ley relacionándolo con la intimidad. En este sentido, la sentencia de instancia dice en el fundamento segundo : "uno y otro concepto, intimidad y honor, están íntimamente relacionados, superponiéndose a veces, por lo que en muchos casos es imposible delimitar cuando se está ante una intromisión ilegítima atentatoria contra uno u otro y, en consecuencia, su respectivo ámbito de protección. Tal ocurre en el caso de autos, en que la revelación (incluso en un registro de morosos) afecta tanto a la intimidad como al honor de la demandante" .

Esta Sala no comparte este razonamiento: se trata de dos derechos de la personalidad, tratados como fundamentales en la Constitución Española, que pueden ser vulnerados uno y otro, pero no cabe relación ni confusión entre ambos; en el recurso de casación no se denuncia incongruencia (que debería haber sido objeto de recurso por infracción procesal) pero la sentencia recurrida, en el fallo, confirma la de primera instancia, que explícitamente declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, conforme a la pretensión de ésta en el suplico de la demanda.

En consecuencia, no se aprecia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico que se alega que en el motivo de casación. Ciertamente, no es correcta la aplicación del artículo 7.4 de la citada ley , sino la del artículo 7.7 pero la confusión que se vislumbra en la sentencia de primera instancia, es advertida por la de segunda y la salva relacionando intimidad y honor, que tampoco es aceptable. Pero la conclusión, como resolución de la litis es correcta. Ciertamente, se mantiene, como se dice en el recurso, la distinción entre honor e intimidad y la demandante invoca el honor. La declaración y condena en las sentencias de instancia son en protección al derecho al honor, aunque en la argumentación lo relaciona y confunde con la intimidad, pero el objeto de un recurso es el fallo, es decir, la incorrecta aplicación del ordenamiento al caso planteado, pero no la argumentación que conduce, como en este caso, a un fallo correcto.

Por último, en el recurso de casación se hace referencia a la delimitación por las leyes y por los usos sociales de la protección de los derechos del honor, intimidad e imagen, que contempla el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de 1982 (RCL 1982, 1197) y destaca, ciertamente, que no se aplica (como tampoco aceptó la citada sentencia de 5 de julio de 2004 (RJ 2004, 4941)) a la cesión de datos para figurar en un fichero informático, sino que se aplicará, en su caso y si procede, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058) , de protección de datos de carácter personal. El objeto de esta ley, como dice su artículo 1º es, precisamente, la protección de derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente, de su honor e intimidad personal y familiar y el artículo 29 , citado en este motivo del recurso, se refiere a la información sobre solvencia patrimonial -es el caso de registros de morosos- y también, precisamente, su objetivo es la protección del ciudadano especialmente sobre informaciones erróneas: exige información facilitada por el propio interesado o con su consentimiento, o previa notificación o subsiguiente comunicación y, finalmente, exige la veracidad. En el caso presente, no se ha seguido la normativa de esta Ley, sino todo lo contrario: se ha incluido en el registro una información falsa que atenta al honor de una persona física, la demandante.

Cuarto-*En consecuencia, no hay infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) ya que se ha protegido debidamente el derecho al honor que proclama dicha norma y que ha demandado la actora. Se ha protegido el honor, pese a la confusa aplicación del artículo 7.4 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (RCL 1982, 1197) lo que afecta a la argumentación, pero no a la resolución correcta de la litis.*

Tampoco se han infringido los artículos 1 y 29 de la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999 (RCL 1999, 3058) , sino, por el contrario, no han sido cumplidos por la entidad bancaria recurrente, lo que ha dado lugar al atentado al derecho al honor.

Por ello, conforme dispone el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) débese dictar sentencia que pone fin al recurso de casación confirmando la sentencia recurrida, con la preceptiva imposición de costas que ordena el artículo 398 .1 en su remisión al 394 .1 de la misma ley “.

3. Fallo

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el representante procesal de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en fecha 27 de mayo de 2002 (PROV 2002, 200195) , que se CONFIRMA.

En conclusión, el TS afirma rotundamente *«que la inclusión, faltando a la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial -los llamados "registros de morosos"- implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro erróneamente». La debida protección de los ciudadanos, y más, si cabe, en su condición de consumidores, exige catalogar como arbitraria y abusiva la inclusión de una deuda en un registro de morosos cuando el acreedor es consciente no sólo de la falta de veracidad de la misma, sino también de la consistencia de las posibles excepciones que pueden ser planteadas de adverso. Lo contrario sería tanto como dejar en manos de la parte acreedora, y, he de insistir en ello, más fuerte, el cumplimiento del aludido requisito.*

4. Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 660/2004 de 5 julio(Recurso de Casación núm. 4527/1999

En esta sentencia se trata la cuestión sobre si efectivamente constituye un ataque al honor la inclusión en el Registro de Aceptaciones impagadas (RAI).

1. Antecedentes

La recurrente Caja de Ahorros del Mediterráneo incluyó en el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI) en razón a la aceptación de dos letras de cambio libradas por Construcciones Martínez y Piñeira, SL –codemandada que resultó absuelta–, la que había entregado las cambiales a la Caja para su descuento, no habiendo sido abonadas por el librado referido al tiempo de sus vencimientos (27 de mayo y 26 de junio de 1992), ya que no adeudaba el importe de los efectos a la mercantil libradora y la firma que aparecía en las letras no era la suya, pues había sido objeto de falsificación y esta falsedad resultó hecho veraz y cierto desde el momento en que fue decretada en proceso penal, que terminó por sentencia condenatoria dictada el 12 de junio de 1995.

2. Fundamentos de Derecho relevantes

Primero.- “El RAI actúa como instrumento útil para las entidades bancarias al incluir en el mismo a las personas que, a su juicio, resultan no pagadoras e incluso mal pagadoras y sirve para comunicarse entre sí estas circunstancias que actúa como medida de advertencia para mantener o no relaciones bancarias con los inscritos como morosos.

La inclusión en el RAI ya desde 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 y sobrepasa de forma afrentosa lo que podía ser seria y hasta necesaria información para la comunidad de negocios bancarios, cuando se basa en hechos no veraces, es decir, que se ha producido la inclusión de quien efectivamente no resulta deudor, como aquí sucede, al que para nada se le comunicó que pasaba a formar parte de dicho registro de morosos (listados negros).

En todo caso el ataque al honor del demandante (más propiamente ataque a su intimidad personal patrimonial), lo conforma el hecho probado de la inclusión indebida en el registro de morosos, por deuda inexistente, lo que indudablemente, sobre todo tratándose de una persona no comerciante, supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena (artículo 7-7º Ley Orgánica 1/82), pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas.”

3. Fallo

Desestimamos el recurso de casación que formalizó Caja de Ahorros del Mediterráneo contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Murcia en fecha veinticinco de junio de 1999, en el proceso al que el recurso se refiere.

Por tanto, el TS confirma la Sentencia que condenó a la Caja de ahorros a pagar dos millones de pesetas al demandante por entender que su inclusión en el RAI constituyó un ataque al honor.