



1-2009

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929



αΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Número 1- 2009

SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

- 1-50 [La imposición indirecta y el tráfico inmobiliario: problemática derivada de la superposición de los impuestos sobre el valor añadido y transmisiones patrimoniales onerosas. Especial referencia a la transmisión y urbanización de terrenos \(primera parte\)](#)
Gerardo Moreu Serrano
- 51-67 [El himno como símbolo político \(Alegre Martínez, Miguel Ángel, coord.\) Recensión a cargo de:](#)
Cláudia Perotto Biagi y Rafael Caiado Amaral
- 68-113 **Una visión crítica de los registros de morosos: alegalidad de los mismos**
Julián Timoner Giménez

JURISPRUDENCIA

Págs.

- 114-129 [Vulneración del derecho a la intimidad personal: jubilación forzosa de funcionario docente utilizando informes clínicos sin su consentimiento \(STC 70/2009, de 23 de marzo\)](#)
José Luis Martín Moreno
- 130-138 [Violación del dercho a la igualdad de acceso a la función pública: deber de extender la rectificación de los criterios de valoración a todos los aspirantes, y no sólo a los recurrentes. Nulidad de pleno derecho del art. 62.1.a\) de la Ley 30/1992. \(STS de 22 de julio de 2008\)](#)
José Luis Martín Moreno

**Una visión crítica de los registros de morosos:
alegalidad de los mismos**

RESUMEN: Este trabajo critica la falta de regulación de los archivos de morosos en España. El autor señala que el intercambio de información entre las entidades bancarias y las empresas que gestionan estos ficheros es importante para el sistema de crédito, pero subraya la preocupación por el mal manejo de la información que puede conducir a la difusión de información inexacta, y producir el estigma social o la pérdida de crédito. El autor considera que las garantías deben establecerse en la fase previa a la inclusión en los archivos de morosos, con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos, y no sólo cuando algo va mal, y la gente tiene que acceder, rectificar o destruir información errónea. En esta dirección, se reclama la intervención pública para garantizar la correcta inclusión en los ficheros y evitar el inadecuado tratamiento o la intervención injustificada por parte de los otorgantes del crédito o por las empresas que gestiona los ficheros.

ABSTRACT: This paper criticizes the insufficient regulation of the credit reference files in Spain. The author notes that the exchange of information between credit grantors and credit reference companies is important for the credit system, but underlines the concern for the mishandling of information that can lead to the dissemination of inaccurate information, that can result in social stigma or loss of credit. The author believes that the safeguards should be established at the stage prior to the inclusion in the credit reference files, in order to protect citizen's rights, and not only when something goes wrong, and the people needs to access, rectify or destroy wrong information. In this way, this paper calls for public intervention to ensure proper inclusion in the files and to prevent inadequate data treatment or intervention unwarranted by the credit grantors or by the companies of credit reference.

PALABRAS CLAVE: Legislación de protección de datos; ficheros de morosos; Agencia de Protección de Datos; ASNEF; RAI; estigma social asociado a la información errónea y negativa aparecida en los ficheros de morosos; daños al honor.

KEY WORDS: Data protection law; credit reference files; data protection Agency; ASNEF; RAI; social stigma attached to negative and wrong information appearing in credit reference files; reputational damage.

CDU: 342. Derecho Constitucional. Derecho Público. 347. Derecho civil. Derecho privado. 343. Derecho Penal.

UNA VISIÓN CRÍTICA DE LOS REGISTROS DE MOROSOS: ALEGALIDAD DE LOS MISMOS

Julián Timoner Giménez

SUMARIO: 1. Análisis de los aspectos económicos de los registros de morosos.— 2. Análisis jurídico de los registros de morosos: su naturaleza jurídica.— 3. Análisis objetivo y general de los daños que puedan irrogarse a una persona al incluirlo y mantenerlo ilegalmente en ficheros de morosidad públicos y privados.— 4. Concepto constitucional y jurisprudencial del derecho al honor.— 5. La consideración de ciudadano económico y daños en relación con dicha condición: análisis jurisprudencial.— 6. Análisis de la normativa de protección de datos aplicable a los registros de morosos derivados de incumplimientos de obligaciones dinerarias relacionados con operaciones bancarias.— 7. Comentario sobre el incumplimiento contractual en las obligaciones dinerarias: nulidad, incumplimiento contractual y naturaleza del contrato.— 8. Configuración como abuso de derecho de la conducta de la entidad financiera que incluya datos en los registros de morosos de forma ilícita.— 9. Análisis desde el punto de vista penal.



1. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS ECONÓMICOS DE LOS REGISTROS DE MOROSOS

LA problemática jurídica de los registros de morosos exige un análisis preliminar de sus aspectos económicos, como lo requieren muchas instituciones jurídicas, analizando su función y fundamento desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones, así como una seria reflexión sobre los efectos que su funcionamiento puede ocasionar. A estas cuestiones dedicamos las siguientes líneas.

El Derecho debe de servir a la persona y a su dignidad más que a las grandes corporaciones, como las financieras, que tienen en muchas ocasiones, a través de argumentos falaces, cautivos a nuestros legisladores y gobernantes, lo que se está evidenciando muy claramente en estos días de crisis económica en todas las economías de países desarrollados, incluida la española, como las medidas se toman exclusivamente en interés de los bancos y demás agentes del mercado de capitales, constituyendo casos típicos de regulador cautivo, en el que los excesos y abusos de la banca de las etapas anteriores están pagándolos los contribuyentes

1.1. El cumplimiento de las obligaciones factor esencial de desarrollo y crecimiento económico de la sociedad

El cumplimiento de las obligaciones y contratos constituye el factor más importante y determinante, junto con una regulación eficaz de la contratación, del crecimiento y desarrollo económico de la sociedad, siendo desarrollo del derecho a la propiedad privada y a su protección y defensa por el ordenamiento jurídico.

El Estado en su provisión de bienes y servicios públicos ha de tener como tarea primordial velar por el orden público y, derivado de ello, la seguridad jurídica en cuanto fines esenciales del Estado de Derecho. Ello con independencia de la ideología en la que se sustente, pues incluso desde el planteamiento del Estado minimalista de Nozick aquél debe ofrecer un solo bien público: la protección de la violencia, el robo y el fraude; así como crear los incentivos necesarios para dar fuerza a los contratos, a su cumplimiento.

En este sentido, se establecen por parte del Estado determinadas instituciones en aras de conseguir la finalidad del cumplimiento de las obligaciones y contratos; instituciones que abarcan desde la propia legislación civil, mercantil y penal con la que crear incentivos para el

cumplimiento; el establecimiento de sanciones civiles y penales para los casos en que éste se produzca; el propio sistema judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y, finalmente, mediante la creación y regulación de instituciones de seguridad jurídica como los Registros y el Notariado, que, reduciendo litigiosidad, consiguen otros fines que incentivan al cumplimiento de lo pactado.

Son todas ellas instituciones que nacen y se configuran en el seno de la sociedad civil, en interés de todos y no sólo de un grupo ni de un gremio concreto para, en un momento determinado de su posterior evolución, hacerlas suyas el propio Estado, procediendo a una regulación concreta y detallada en beneficio de toda la sociedad.

Hay otras instituciones, de creación relativamente reciente, como los Registros de Morosidad, respecto de las cuales se hace difícil ubicarlas dentro de las figuras e instituciones cuya finalidad está dirigida al cumplimiento contractual, al nacer exclusivamente en interés de un sector, el bancario, si bien, bajo el manto o amparo de la importancia que en el sistema económico tienen las entidades que los conforman, parecen haber sido aceptadas por todos sin ninguna duda ni proceso de reflexión alguno.

En los registros de morosos confluyen claramente tres aspectos: uno, económico, otro, jurídico con dos vertientes: constitucional y jurídico-privada; y, finalmente, otro, que pone en relación las nuevas tecnologías con el contenido que ha de dársele al principio de libertad informática, autodeterminación informativa o *habeas data*.

1.2. El fundamento económico de los Registros de Morosos

Los contratos bancarios de financiación establecen y recogen los derechos y obligaciones para las personas que los suscriben, demandando financiación, deudores, y las entidades financieras que los proveen, acreedores. Básicamente, el acreedor cumple en el momento de la perfección del contrato entregando los fondos; y el deudor se compromete a devolver el capital, más el rendimiento o interés, en el plazo o plazos estipulados.

En ellos predomina la incertidumbre, es intrínseca a todos los contratos de financiación, de una doble forma: en primer lugar, pues la capacidad de devolución de los fondos por el deudor está asociada a la rentabilidad que obtenga del proyecto de inversión que va a acometer con los fondos, en caso de financiación empresarial, o estará asociado a la rentas futuras que la persona espera obtener de su trabajo o profesión en caso de financiación doméstica o familiar. En

segundo lugar, la incertidumbre alcanza, también, al cumplimiento de la promesa por el deudor de la letra del contrato. El deudor puede desviar los fondos a otros fines, o simplemente no devolver el dinero. Dichos problemas son problemas que la Economía de la Información trata como Problemas de Información Asimétrica.

La asimetría informativa en los Mercados Financieros puede adoptar tres formas básicas: selección adversa, riesgo ético y costes de monitorización. Hay selección adversa cuando el acreedor no es capaz de distinguir entre proyectos con diferentes niveles de riesgo al momento de asignar el crédito. El riesgo ético está relacionado con la habilidad del deudor para aplicar los fondos a un uso distinto del acordado con el acreedor, amparándose en el conocimiento parcial e incluso desconocimiento que el acreedor tiene de sus datos. Finalmente, el coste de monitorización está vinculado a las posibles acciones ocultas del deudor por aprovechamiento, al tener superioridad informativa para declarar ganancias inferiores a las reales siendo, por tanto, los costes que se irrogan a la entidad bancaria por el seguimiento informativo de su deudor.

Se percibe claramente que el fundamento económico de los registros de morosos nace para reducir la información asimétrica y especialmente asociado al riesgo ético, calidad del deudor, y a la reducción de los costes de monitorización. Y que se crea en interés de la propia industria bancaria como medida para reducir el coste del riesgo ético y el coste de monitorización o de seguimiento de las operaciones de sus deudores.

El fundamento es lícito, por tanto, y tiene ventajas tanto para la industria bancaria como para todos sus usuarios pues la reducción de dichos costes incidirá beneficiando al resto de deudores que comprarán el dinero más barato y a sus depositantes, pues podrán mayores rentabilidades.

1.3. Sus “pros y sus contras”

Estos registros son fruto del poder organizativo y monopolístico de las entidades financieras al margen de una regulación estatal en la configuración de los mismos, aunque desde las normas de Protección de Datos se ha procedido a la regulación y determinación de los requisitos y características relacionados con los derechos de las personas en relación al principio de autodeterminación informática. Su existencia se justifica como medida necesaria para el funcionamiento eficaz de nuestro sistema financiero, dirigida a combatir, según manifiestan las entidades creadoras, a los llamados “deudores profesionales”, aunque dichas entidades no dan índices ni datos referentes a la cuantificación e importancia en la sociedad española de tales deudores, datos esenciales para saber el daño que se pretende evitar con dichos registros.

Pero desde el punto de vista de las personas incluidas en dichos registros pueden éstos incidir y violar derechos fundamentales de la persona, como son el de autodeterminación informativa o libertad informática y el derecho al honor y la reputación personal y profesional, como posteriormente justificaremos, pues la inclusión ilícita estigmatiza de tal modo a una persona dentro de la sociedad al imputarle el adjetivo de incumplidor que puede ello acabar creándole perjuicios en todas las facetas de su vida, limitando así sus derechos de ciudadano al negarle su condición de “ sujeto del crédito”.

Los Registros de Morosos son unas instituciones nacidas y creadas por las entidades financieras al margen de cualquier regulación legal, en cuanto a sus normas constitutivas y de funcionamiento, y que por su situación de oligopolio pueden imponer, como regulación de facto, al resto de la sociedad; se justifican en su carácter esencial y necesario para la realización eficaz de sus análisis de riesgos.

Su naturaleza jurídica es desconocida o al menos no estudiada, presentan ventajas para dichas compañías financieras pero a la vez, tal y como están establecidos, generan incertidumbre e inconvenientes, al estar en presencia de informaciones negativas de las personas, asimétricas y con una perdurabilidad en el tiempo, con muy pocos o complicados medios de defensa por parte de éstas, al recaer en las entidades la decisión de rectificar y cancelar los datos, y, en definitiva, con una regulación no profunda de los derechos de protección de los ciudadanos en relación a los mismos, lo que genera injusticias, abusos, y provoca daños y perjuicios a las personas convirtiéndose , por las razones apuntadas, un típico escenario de justos por pecadores.

1.4. Reflexiones sobre sus inconvenientes

Es muy ilustrativo y, también por qué no decirlo, muy reconfortante e ilusionador para los que amamos la libertad y creemos en el Derecho como medio de organizar una sociedad más libre y justa, y de criterio mucho más óptimo y eficaz para el ser humano que los principios de la economía capitalista de las grandes corporaciones que, en terminología marxista, nos alienan cada vez más a pesar de sus enormes ventajas, recoger lo que respecto al conflicto entre la protección al sistema financiero o al individuo, ha dicho la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de enero de 2.009 :

«Esta Sala efectivamente conoce las funciones que realizan estos ficheros en su contribución a la salvaguarda del sistema financiero y de la economía en general, por cuanto permiten a las

entidades financieras, principalmente, conocer la solvencia de sus presentes o futuros clientes. Consciente de esta importante función, la Ley ha establecido un sistema de acceso al fichero más ágil, que como hemos visto se hace a instancias del acreedor y sin consentimiento del afectado, aunque con notificación posterior al mismo, pero la función que cumplen estos ficheros no puede imponerse por encima de la salvaguarda de los derechos fundamentales y de las previsiones plasmadas en la Ley en forma de tipos sancionadores. No obrando de este modo, e incumpliendo los requisitos generales que las Instrucciones del Director de la Agencia Española de Protección de Datos imponen para determinadas actuaciones, no queda sino asumir las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento y que se definen por el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/99.»

1.5. El efecto pernicioso: la exclusión del sujeto del mercado de crédito

En cierta medida nos recuerdan a los antiguos Tribunales de Honor corporativos en los que muchas veces la dignidad y los derechos de los ciudadanos eran claramente pisoteados por las corporaciones. Recordemos a tal efecto que los tribunales de honor tenían por finalidad juzgar la dignidad de una persona para pertenecer al cuerpo o profesión de la que era miembro. De resultar declarado indigno, el sujeto era expulsado del cuerpo, sin que pudiera interponer recurso alguno. Estos tribunales no juzgaban actos aislados, sino conductas y estados de opinión acerca de la dignidad de un individuo para formar parte de un cuerpo. El bien jurídico protegido no era el honor del enjuiciado, sino el del cuerpo al que pertenecía. El procedimiento era sencillo, se daba audiencia al interesado y se mantenía casi clandestina la tramitación que concluía con la absolución o la separación del servicio y la consiguiente propuesta a la autoridad correspondiente.

Hoy día el Registro de Morosos cumple una función parecida: una persona incumple una obligación económica con una entidad bancaria y ésta, que tiene todos los resortes que el ordenamiento jurídico concede a los acreedores para reclamar sus derechos en los Tribunales, procede -con independencia de acudir a estos últimos- a la inclusión en los mismos (a los que acceden el resto de entidades) del incumplidor, sin derecho para éste de alegación ni defensa, ni de constancia de sus argumentos, pues la deuda puede estar siendo discutida, colocándolo en una situación de publicidad fáctica, y excluyéndolo, no de una corporación, sino de su condición de sujeto del crédito o ciudadano económico. En definitiva, en determinadas ocasiones se ve excluido de la sociedad del crédito sin haber podido explicar ni defender el porqué de su incumplimiento. Es expulsado de la “CORPORACION DE CIUDADANOS CON DERECHO

A ACCEDER AL CRÉDITO BANCARIO”, del acceso al crédito por un acto aislado y sin posibilidad de solución, pues el círculo se cierra de modo que, al acceder a dichos registros, como se ha señalado, el resto de instituciones, ninguna de ellas le concede crédito alguno. El procedimiento es igual de sencillo que en aquellos tribunales, sólo que, aquí, se incluye al ciudadano sin derecho a defensa, ni prueba alguna. Una vez incluido, eso sí, el Estado ha paliado en parte las posibles injusticias, a través de la normativa de protección de datos, concediéndole unos derechos de oposición y retirada de los mismos. Es curioso el “iter”: los bancos crean el Registro y el Estado lo consiente, al no tomar partido en su regulación respecto de la forma en que se han creado y de sus requisitos, si bien dan derechos a los ciudadanos de oposición y rectificación para que, en caso de error por parte de los bancos en la inclusión, los ciudadanos se tengan que molestar mediante la realización de una serie de gestiones y escritos que los saquen de los mismos, y en el ínterin se pueden haber violado los derechos precitados y generado daños y perjuicios.

La premisa básica es: los registros de morosos son necesarios para el buen funcionamiento del sistema financiero, pues hay que evitar a los profesionales del incumplimiento; si alguien no cumple se le incluye en el registro de morosidad de forma unilateral por la entidad financiera; ésta nunca se equivoca y no cabe error en las inclusiones, por tanto, todo moroso está bien incluido, sus derechos son ignorados.

Pero ocurre que las entidades financieras cometen errores, abusos y fraudes a gran escala (recordemos 360 días en el denominador y 365 en el numerador; comisiones por tarjetas no solicitadas, cobro de intereses de demora superiores a los legales, etc.), no son perfectas al estar integradas por personas y generar unos sistemas retributivos en pirámide perversos hacia el respeto de los derechos del cliente (miedo al despido si los descubiertos pasan determinados porcentajes) , y en muchas ocasiones, no respetan ni cumplen los requisitos para la inclusión, derivando unos enormes perjuicios para los ciudadanos y una injusticia como es que son tratados de forma semejante a los profesionales del préstamo. La asimetría en los Registros es total, no distingue una cuota del total de la deuda, un incumplimiento de múltiples, y no dan información positiva de cumplimiento de otras operaciones a lo largo de la vida del deudor.

Y, también desde otro punto de vista, al ser medidas de mercado pura y simplemente, nos recuerdan a las **empresas contaminantes** , pues la medida –incluir a una persona en un registro de morosos– con el fin de mejorar la eficacia y la asignación de los recursos de una industria privada, la bancaria, puede comportar efectos perniciosos cuando hay errores en la inclusión,

creando unos enormes perjuicios, de forma similar al de las empresas que contaminan, si bien en vez de generalizarse dichos efectos negativos en el ámbito territorial donde se produce la contaminación, aquí la “contaminación” se da en el ámbito de la intimidad de la persona y su familia, en su dignidad y en su honor y en su libertad de autodeterminación de los datos.

Cierto es que se ha **avanzado enormemente en la defensa del derecho al honor, intimidad e imagen de los ciudadanos, al conseguir que los tribunales de justicia declaren como “intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas”, estar incluido indebidamente en su registro de morosos, y ordenando consiguientemente la indemnización del daño moral que ocasiona. No podemos eliminar el 100 % del riesgo, pero sí, reducir los daños que una mala práctica bancaria puede provocar con una buena regulación basada en el control de las empresas que gestionan los registros, en su imparcialidad, en asegurar que en su capital social no participen los bancos, de forma similar a las sociedades de Tasación, y con unas sanciones ejemplares que incentiven la regularidad en el procedimiento de la inclusión.**

1.6. Reflexiones acerca de la relación entre Registros de Morosos y crisis económica

Es curioso, además, que en épocas de crisis nuestros bancos que reciben ayudas del Estado para generar liquidez destinada a las empresas y familias, ante la insuficiencia de la misma por las entidades, por haberse endeudado excesivamente a consecuencia de sus propios excesos y pésimos análisis de riesgo en la época de bonanza, de los que habrá de responsabilizarse a alguien más que a las familias a las que casi obligaban a endeudarse, sube enormemente el número de personas incluidas en los registros lo que les imposibilita el crédito, cuando les es más necesario, por la subida de los tipos que ha habido y la problemática de miembros de la familia desempleados, derivándose de ello, embargos y pérdidas de propiedades y ruinas personales y familiares, e incluso en algunos casos suicidios y enfermedades, con los incrementos de gasto público y privado de litigiosidad. No es baladí el tema.

La banca crea un sistema de registro de morosos que, aun con ventajas para el sistema financiero, debe de estar perfectamente regulado pues el error de inclusión o mantenimiento provoca tremendos perjuicios a las personas incluidas.

De ahí que en este artículo pretendemos analizar esta institución y las posibles reformas que respecto de la misma pueden realizarse, pues los intereses que hay en juego: el sistema financiero y la dignidad, el honor y reputación de las personas nos deben de hacer reflexionar sobre que medidas debe de adoptar el Derecho con esta cuestión. El Derecho debe de servir a la

persona y a su dignidad más que a las grandes corporaciones, como las financieras, que tienen en muchas ocasiones, a través de argumentos falaces, cautivos a nuestros legisladores y gobernantes, lo que se está evidenciando muy claramente en estos días de crisis económica en todas las economías de países desarrollados, incluida la española, como las medidas se toman exclusivamente en interés de los bancos y demás agentes del mercado de capitales, constituyendo casos típicos de regulador cautivo, en el que los excesos y abusos de la banca de las etapas anteriores están pagándolos los contribuyentes.

Se ha de partir de una cuestión previa: ¿La banca es un servicio netamente privado o debemos de exigirle que cumpla una función social con la consiguiente responsabilidad de en épocas de crisis cambiar el fin u objetivo del beneficio a ultranza por el de ayuda a las familias, empresas y promotoras pequeñas? ¿Ya que nos hacen partícipes de sus pérdidas actuales no debería, en la situación actual, exigirles limitaciones de reparto de beneficios para que se capitalicen cuanto antes por sí mismos y sin ayuda del Estado, y limitaciones a las expansiones exteriores que, se quiera o no, son a costa de la economía real, a costa de aumentar los gastos financieros por interés y comisiones netas, que están subiendo brutalmente, cobradas a nuestras familias y empresas, afectando a la competitividad de éstas?

¿Si los contribuyentes a través de las medidas de ayuda del Estado soportan sus pérdidas, en lugar de los accionistas, por qué éstos han de ser de mejor condición y obtener dividendos? Quizá tan necesario en ésta crisis tan esencial sería poner un límite, por acuerdo unánime del Parlamento, al gasto público o al déficit público, como limitar los beneficios bancarios en aras de su capitalización. Y el lector se preguntará: ¿qué tiene que ver esto con los registros de morosos?

Pues sí, tiene su relación: en un momento en el que el incumplimiento de las obligaciones no se produce por querer no pagar, sino por una causa de fuerza mayor, como es la imposibilidad de incumplir con las obligaciones generada por la inmensa crisis en que nos encontramos (incluso nuestro Código Civil contempla dicho caso en el artículo 1105: aquel suceso imprevisto que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación; en el que precisamente, por poner un ejemplo, la entidad que preside el Sr. Botín encuentra su fundamento último para suspender el pago de las obligaciones de los titulares de participaciones debidas de su Fondo de Inversión Inmobiliaria), las entidades financieras, en cuanto servicio público impropio, deberían de adoptar otro comportamiento en lugar de proceder a ejecuciones masivas, de inclusiones masivas en los registros, consiguiendo tener así una excusa para justificar el racionamiento del

crédito, en una política apisonadora del resto de sectores de la economía real (pensemos en la competencia desleal a los medios y pequeños promotores -porque a los grandes los están salvando- al vender los pisos que se adjudican a pérdidas -prohibido por la de la competencia- con el añadido de que su posición dominante en el submercado de la financiación, ya que en esos casos de venta de sus inmuebles sí están concediendo crédito, lo que no pueden hacer los promotores pequeños); situación que sólo está generando quiebras, paro y ruinas personales. Si a ello añadimos que a diferencia de otros países como EEUU, aquí aunque pierdas la casa sigues debiendo por el principio de responsabilidad personal, superpuesta a la garantía hipotecaria del inmueble, ocurrirá que a esos desempleados que pueden respirar encontrando trabajo de aquí a un tiempo, se les embargará el 40% de sus nóminas hasta el pago del último euro de sus deudas que muy probablemente tendrá un componente de intereses enorme. En conclusión, nunca llegarán a ser sujetos de gasto y ahorro, sólo de subsistencia o de “mal subsistencia”. Y para dificultarle aún más su capacidad de recuperarse, incluido en un registro de morosos por seis años de duración. En USA los famosos NINJA dejan las llaves al Banco y empiezan a vivir otra vez la aventura americana, teniendo la posibilidad con el acceso al empleo de convertirse en ciudadanos de gasto y de ahorro. Y quizá ahí haya una clave de que en EEUU tienen un mayor fundamento las ayudas del Estado a la banca.

1.7. Relaciones entre algunas Entidades gestoras de los Registros e Instituciones del Estado

Nos queremos hacer eco de la preocupación existente en la relación a la política comercial que las entidades desarrollan en cuanto a la suscripción de convenios con ellas de determinados Organismos del Estado como la Seguridad Social y el Consejo General del Poder Judicial. Baste recordar los acuerdos que con las entidades privadas como ASNEF y Equifax han suscrito tanto entidades de naturaleza pública como privada y que, incluso, han suscrito un convenio de colaboración suscrito con el Consejo General del Poder Judicial que, quizá, con la intención de la informatización y modernización de la Justicia, no deslinda con nitidez y claridad los aspectos jurídicos y constitucionales del sistema judicial español que pueden darse en dicha cuestión. Por lo que estimamos (desconociendo el texto íntegro nuestra información se limita a las noticias de prensa y declaraciones del Vocal del Consejo responsable de la información del órgano) que en su desarrollo se ha de poner la sensibilidad jurídica necesaria para no limitar derechos.

Y es que al afectar al sistema probatorio recogido en nuestras Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal y planear sobre dichos registros determinados preceptos constitucionales incluida la presunción de inocencia no creemos que sea la vía más adecuada para acceder a esas fuentes de

datos un mero convenio entre dichas entidades privadas y el órgano de gobierno del sistema judicial. Quizá sería conveniente un replanteamiento de la cuestión, abriendo un debate muy necesario, pues se mezclan aspectos económicos, constitucionales y de las nuevas tecnologías, con el que llegar a regular por Ley tal extremo.

Dicho Convenio, con la mejor intención posible, puede pecar de cierta ingenuidad por parte del Órgano de Gobierno de los Jueces, pues no hay que olvidar que las entidades gestoras de los registros pertenecen al sistema de mercado, obtienen grandes beneficios por el tratamiento de datos de personas, sirven a un interés inmediato como es el de que las entidades financieras mejoren sus beneficios, aunque también contribuyan a una mejor asignación de los recursos orientados al crédito, lo que en principio puede beneficiar a toda la sociedad; estará en función de los beneficios que dichas corporaciones pretendan obtener y el mercado les permita conseguir. Y es que no es lo mismo, por ejemplo, firmar un Convenio con el Notariado para fines de colaboración digital de los datos, pues dicha Institución está incardinada en el sistema del Estado, pues sus miembros son delegados del Estado y sus documentos tienen unas prerrogativas y unos efectos tasados al estar regulados por Ley. Con las entidades de los registros de morosos ocurre otro cantar, así por ejemplo el Fichero ASNEF-EQUIFAX es una sociedad limitada llamada Asnef Equifax SL, con CIF Fiscal B82064833, y un capital social de 300.506,05 euros y cuya gestión es desempeñada por la mercantil Equifax Ibérica, SL, que dispone de un capital social de 3.858.508 euros y de la que curiosamente es consejero de ella la Asociación Nacional de Entidades Financieras.

También se le pueden hacer reparos desde el punto de vista de la competencia, pues qué duda cabe, ese convenio suscrito por una de las múltiples entidades del mercado, le da una posición preeminente en el mercado de servicios de datos frente al resto de competidoras, con una toma de partido por dicha compañía privada en detrimento de las de la competencia, por parte de organismos públicos y nada sería cuestionable, si por ejemplo, estuviéramos en presencia de un convenio con una entidad bancaria para facilitar financiación con menos coste al colectivo, pero la naturaleza de este convenio es diferente, pues en las noticias de prensa se alude a consulta de datos en ejercicio de sus funciones: «el acuerdo posibilita que las bases de datos para la prevención del fraude y para las operaciones impagadas puedan ser consultadas por los órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones, a través de los procedimientos establecidos en la red de máxima seguridad denominada “Punto Neutro Judicial”»

Cuando estamos en presencia de unas herramientas de información, que conceptualmente podemos considerar como documentos digitales, pero documentos al fin y al cabo, a las que pueden acceder los Jueces en ejercicio de sus funciones, han de regularse por Ley, pues si no es así estaríamos en un terreno muy similar al de una especie de conocimiento privado del Juez utilizado en el enjuiciamiento de una determinada causa. Es delicado y creo que debe de hacernos reflexionar sobre tres aspectos: en primer lugar, si dichas entidades no han de ser reguladas por Ley exigiéndole determinados requisitos de capital y de composición del accionariado y, muy fundamentalmente, de neutralidad respecto de la composición del capital, sin que puedan acceder a él las entidades financieras por aquella regla de que la policía no puede del dueño de la carretera; y en segundo lugar, incluso si se llega a la opción política-legislativa de que estamos ante una actividad de interés público de una extremadamente sensibilidad, pues puede afectar y vulnerar derechos de las personas, plantear la solución, semejante al Notariado y a los Registros, de incluir dicha actividad en la política del Estado. Es muy posible que el ciudadano estuviera más tranquilo y lo entendería mejor; y, en tercer lugar, que con esto de las nuevas tecnologías no hay que ser moderno porque sí, porque con esa actitud lo normal es que los vendedores y comerciales de las corporaciones representantes del capital siempre nos convencerán de una cosa falaz que todo lo tecnológico es eficaz, que lo eficaz es justo y por tanto, que lo tecnológico y lo moderno es justo. Y habremos perdido el norte del concepto de justicia y de cual es el norte de los principios del Derecho que queremos para nuestra sociedad. Lo trascendente de las nuevas tecnologías es que sirvan al hombre en cuanto tal, que lo hagan más libre en el dominio de las mismas y que aquellas no mermen su dignidad, ni lo alienen ni enajenen respecto de ellas. Con más Filosofía y Derecho lograremos que las tecnologías ayuden a una mayor justicia

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS REGISTROS DE MOROSOS: SU NATURALEZA JURÍDICA

2.1. Situación actual de los mismos

La licitud del mismo desde el punto de vista de su justificación y fundamento económico no implica su adopción sin más, sino que desde el punto de vista jurídico hemos de analizar su adecuación al mismo en la forma concreta en que esta establecido y regulado en la actualidad en España.

De todos es conocido la cantidad de personas incluidas en las bases de datos de registros de morosos, más en una época de crisis; de todos es conocido el número de quejas que en prensa escrita, técnica o especializada y general recogen situaciones injustas; de todos es conocido la cada vez mayor aplicación de sanciones por parte de la Agencia de Protección de Datos a las entidades bancarias por inclusiones ilegales. Pasemos a recoger unos datos para hacernos eco de ello: «Según han filtrado los dos mayores registradores de morosidad de España, Rai y Asnef, ya más del 3% de la población española está reconocida en alguno de sus registros como morosa. Los datos indican que casi 1.600.000 personas se encuentran en ésta situación. Este dato que se basa sobre la última relación estimada, del mes de noviembre, contabiliza todos los morosos sobre créditos suscritos con entidades como bancos, cajas de ahorros y cooperativas. En octubre marcaba una relación muy distinta, se encontraba aproximadamente en el 2,8% por lo que es increíble la subida que ha sufrido de casi un 10% durante en penúltimo mes del año.»

El aumento que se refleja en las estadísticas es claramente consecuencia de la crisis económica y está relacionado fundamentalmente con los activos morosos derivados de préstamos hipotecarios, ya que las entidades financieras al tener la garantía del inmueble los dan como morosos antes que los créditos ordinarios, pero es indicativa la estadística del gran número de personas incluidas en el Asnef, que no son deudores incumplidores profesionales, sino que por razones de fuerza mayor, por la crisis económica no pueden pagar. Si a esa estadística le añadimos la que sigue sobre el aumento de sanciones a las entidades bancarias por inclusiones ilegales ilegítimas realizadas, la conclusión es que debe de encararse una regulación más justa y equilibrada en relación con estos registros.

Así en reciente información de prensa se recoge que: «Las reclamaciones de los ciudadanos ante la Agencia Española de Protección de Datos por considerar vulnerados sus derechos a la privacidad crecieron más del 45 por ciento en 2008, ha anunciado hoy el director de este organismo, Artemi Rallo. La mayoría de las 2.362 denuncias tramitadas por la Agencia se referían al sector de las telecomunicaciones, a las entidades financieras y a los sistemas de videovigilancia (en este caso las reclamaciones se han triplicado en un año). El segundo sector más vapuleado, también por cuarto año consecutivo, es el de las entidades financieras, con 80 procedimientos sancionadores, un 21% más que el año anterior. En el sector bancario, la mayor parte de las reclamaciones se referían a la inclusión en ficheros de morosidad y a problemas de incumplimiento del deber del secreto con el cliente. Como resultado de estas quejas, en 2008 la Agencia de Protección de Datos inició un 58 por ciento más de procedimientos sancionadores

que un año antes y recaudó 22,6 millones de euros en multas (el 75 por ciento de ellas por sanciones “graves”, el 18 por ciento “leves” y el 7 por ciento “muy graves”).»

De ahí que, ante las disfunciones que esta Institución parece estar produciendo, en la que para combatir unos –no se sabe cuántos– deudores profesionales y para una asignación más eficaz de los recursos de la industria bancaria en beneficio de los accionistas de la misma, pueden estar pagando injustamente personas cumplidoras, como consecuencia de la no concienciación de los determinados empleados de las entidades de la banca, que vienen utilizando este recurso como forma coercitiva de presión, y del desconocimiento acerca de los perjuicios que puede acabar irrogando una inclusión ilegal, afrontaremos el análisis jurídico de estas medidas, su naturaleza jurídica o al menos el intento de ubicación de las mismas dentro del ordenamiento jurídico español, especialmente dentro del derecho de obligaciones, además de sus implicaciones con el derecho de Protección de Datos.

2.2. Características

2.2.1. Desde el punto de vista del Derecho Público-Constitucional

1º.- Son Registros Privados.

Son registros de datos de naturaleza privada, en cuanto que las empresas que los crean y mantienen son de tal naturaleza. Distinto es el caso de la Central de Riesgos del Banco de España, que está a cargo de una entidad pública como es el Banco de España y que sí que constituye una herramienta de información de naturaleza pública en aras de la mayor eficiencia de nuestro sistema financiero.

Por tanto, sus fines son de naturaleza privada y sirven al interés de las entidades financieras, que son las que aportan los datos. La cuestión reside en si es de interés público o de interés privado la información contenida en los mismos. Si es de interés público, deberían de regularse los requisitos de las sociedades que presta los servicios, el control público sobre ellas, e incluso otorgarles a los mismo el carácter de públicos, siendo el personal funcionario.

2º.- Son Registros Informativos de carácter negativo.

Suponen un instrumento o herramienta de la industria bancaria que les permite conocer datos sobre personas en relación al incumplimiento de obligaciones. Proveen información negativa sobre incumplimientos sin que esté regulada la posibilidad de contener información positiva en relación a operaciones devueltas. Ello supone una clara consecuencia desfavorable para el deudor incluido en los mismos.

3º.- Son Registros Asimétricos y sin concreción alguna.

Al no concretar las situaciones y no dar señales de información de las mismas pervierten la máxima del principio de justicia de igualdad constitucional: «tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual» cambiándola por la de «tratar a los desiguales de modo igual y a los iguales de modo desigual». Si a ello añadimos la perdurabilidad por seis años planean sobre ellos la posible inconstitucionalidad.

4º.- Desde el punto de vista del deudor incluido tienen las siguientes implicaciones negativas:

a) Tratan igualitariamente al deudor con un solo incumplimiento que al deudor con muchos incumplimientos.

b) Son asimétricos pues la entrada la decide la entidad financiera automáticamente y la salida se convierte en un auténtico calvario, en el sentido de que la decreta la entidad que gestiona el registro tras la declaración de la entidad financiera. Además la celeridad para la inclusión que manifiestan las entidades bancarias no es correspondida a los efectos de la salida de los datos.

c) En muchas de las ocasiones se utiliza como medio de coacción para obligar al pago del deudor, cuando en ocasiones éste esta discutiendo lícitamente un incumplimiento de la entidad financiera.

d) Estigmatizan a la persona incluida, con independencia de la licitud de la inclusión, para acceder al crédito y a cualquier tipo de financiación pues tienen acceso a los mismos tanto las entidades financieras como las compañías de telecomunicaciones, impidiendo muchas veces la suscripción de contratos y en definitiva el acceso a servicios esenciales de la sociedad actual, como telefonía o Internet. Así, por ejemplo, cuando a una persona le deniegan un contrato de Orange no se debe extrañar, pues la compañía que le lleva y realiza el scoring es el Banco de Santander. Con ello se ve que no sólo impiden a las personas incluidas el acceso al crédito sino, también, la contratación de servicios de telefonía, al ser éstos de tracto sucesivo.

e) En los casos de inclusiones ilegítimas se violan los derechos fundamentales de la libertad informática y del derecho al honor y a la reputación profesional. Y en cambio no hay sanción de publicidad de las entidades que son responsables de esos hechos. Quizá debería de pensarse en un Registro Público de las Entidades Financieras que han creado perjuicios precisamente en el hecho de publicitar ilícitamente esa situación. De forma simétrica debería de constituirse tal Registro en la Agencia de Protección de Datos que, además, serviría para agravar las sanciones

por reincidencia y que generaría entre el personal de las entidades financieras una cultura de fortalecimiento de respeto por las personas clientes de la entidad.

Vemos pues que tienen ventajas pero que generan muchos inconvenientes y en algunas ocasiones daños de difícil reparación por lo que se hace necesario que el legislador establezca con precisión los requisitos y garantías para las personas incluidas en ellos. Y se plantean dudas de constitucionalidad de los mismos por el déficit del principio de legalidad, al ser medios coercitivos de autotutela de naturaleza privada que pueden generar consecuencias jurídicas con daños y perjuicios determinados generadores de indefensión y que pueden violar y afectar a la tutela de principios y derechos fundamentales de las personas, como la autodeterminación de los propios datos y el derecho al honor e, incluso, por su actual configuración atentar contra el principio de igualdad constitucional.

2.2.2. Desde el punto de vista del Derecho Privado

A) Hay que recalcar que las entidades financieras ante el incumplimiento de las obligaciones de sus clientes disponen de los mecanismos judiciales para poder cobrar su crédito, e incluso tienen ya de por sí determinadas ventajas como son las que siguen:

1º.- Posibilidad de acceder al Juicio Ejecutivo y de Ejecución Hipotecaria en base a los aspectos formales de los títulos en los que documentan su deuda. De forma extraordinaria, además, pueden decretar ante el impago de dos o tres mensualidades el vencimiento total del contrato, en base al artículo 1124 del Código Civil, saltándose la necesidad de que en un proceso plenario, como cuestión prejudicial civil, se decrete resolución judicial que declare dicha vencimiento anticipado. La naturaleza de la sentencia del juicio ejecutivo no es declarativa por lo que en comparación con otro acreedor normal de un contrato bilateral pendiente de ejecución, este tendrá primero que conseguir la declaración en juicio ordinario del vencimiento anticipado para luego poder realizar la ejecución.

2º.- La posibilidad del llamado beneficio de la subasta en el sentido de que puede adjudicarse el bien, caso de quedar esta desierta, y posteriormente darle salida por mayor valor del que se lo adjudicó, a través de su circuito comercial con la ventaja de que incluso pueden otorgar financiación al posible comprador, quedándose en su beneficio el valor de la diferencia. Con el triple agravante de injusticia para el deudor que ha sido ejecutado de que: todas las cantidades entregadas al banco a lo largo de la vida de la operación las pierde; la diferencia entre el valor de la deuda y el valor de adjudicación de la subasta también es para el banco; y finalmente, lo no

cubierto de la deuda por el valor de adjudicación al banco, puede este puede reclamarlo al deudor por la responsabilidad personal.

La perversión del sistema queda patente pues, a diferencia de otras legislaciones como anteriormente pusimos de manifiesto, el sistema español provoca que el banco se quede con la totalidad de lo entregado a lo largo de la operación; porque junto a la responsabilidad real se superpone la responsabilidad personal, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos que con la entrega o dación de la casa la deuda se extingue en su totalidad; que al adjudicarse la finca el banco o caja de ahorros el posible beneficio que se pueda dar por la diferencia entre el valor de adjudicación y el valor de venta posterior queda del lado del banco.

Pues bien, junto a tales remedios para cobrar sus deudas las entidades financieras han creado este sistema de registro o publicidad fáctica de personas insolventes e incumplidoras de las deudas bancarias, en el que se incluyen sin distinción alguna a personas normales que no pueden cumplir y a profesionales del incumplimiento, a incumplimientos de una sola cuota y a incumplimientos de operaciones en su totalidad, con un déficit de regulación generador de auténticas injusticias.

B) La configuración jurídica del registro de morosos es la un instrumento de información negativa de naturaleza jurídico privada que puede provocar efectos perjudiciales y contaminantes respecto de los derechos fundamentales del honor y de la libertad, aparte de otros efectos o incidencias relacionados con la limitación de la posición de ciudadano, en cuanto a la cobertura a través del crédito de sus necesidades más esenciales.

Es una medida coercitiva de la que disponen exclusivamente los acreedores de las corporaciones financieras, y también de las corporaciones del mundo de las telecomunicaciones pues también están introduciendo los datos en dichos registros, para el cobro de las obligaciones dinerarias derivadas de contratos financieros suscritos con dichas entidades.

Como medida coercitiva puede implicar abusos de derecho y coacciones de la más variada índole.

En nuestro caso desde 1999 en virtud de la Ley de Protección de datos, en su artículo 29, se han regulado dichos registros en cuanto a los requisitos para la inclusión en los mismos

C) Nos planteamos dónde ha de ubicarse en el ámbito del derecho privado este procedimiento calificado por la sentencia de la Audiencia de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2006

como «un modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda que consiste en un medio de presión».

Estamos claramente ante un instituto de autotutela o ejercicio de un derecho propio, nacido de privadamente de forma “alegal”, pues fue ha sido creado por las entidades financieras en su propio interés, cuyo ejercicio arbitrario tiene consecuencias jurídicas para determinadas personas cuyo consentimiento y derechos no se han tenido en cuenta en el momento de procederse a la inclusión. Además de generador de un ejercicio arbitrario del propio derecho comporta, en los casos de ilicitud, un claro abuso de derecho.

Su ubicación, por tanto, como medida de autotutela dentro de la protección o conservación del crédito, debería de llevar a una regulación legal de los mismos desde la constitución de las entidades gestoras, interponiendo un organismo público – tercero confiable- que escuchadas las dos partes y con justificación escrita o temática de sus argumentaciones decretara la inclusión o no en los registros, evitando la unilateralidad y las dificultosas barreras de salida actualmente existentes; y todo ello por Ley introduciendo así el principio de legalidad por los efectos perniciosos a derechos fundamentales que generan los errores del sistema actual.

Por todo ello analizaremos los daños que irrogan en los casos de intromisiones ilícitas, estudiando para ello la configuración del derecho al honor, los requisitos y garantías necesarias para la debida inclusión en dichos registros y, finalmente, su consideración desde la perspectiva del abuso del derecho y del derecho penal.

3. ANÁLISIS OBJETIVO Y GENERAL DE LOS DAÑOS QUE PUEDAN IRROGARSE A UNA PERSONA AL INCLUIRLO Y MANTENERLO ILEGALMENTE EN FICHEROS DE MOROSIDAD PÚBLICOS Y PRIVADOS

Tres cuestiones hemos de plantearnos en abstracto, como son: primero, la implicación qué tiene para una persona estar incluida en un registro de morosidad, con independencia de la licitud o no de dicha inclusión en relación al cumplimiento de los requisitos formales y materiales exigidos para ello a la entidad financiera; y, en segundo lugar, cómo afecta ello a su condición de ciudadano y especialmente a su condición económica –alguna Resolución como la Audiencia de Málaga ha llegado a aludir metafóricamente como una situación de “muerte económica de la persona”, y a su intimidad, honor y reputación; y, tercero, cuál es el criterio de nuestros Tribunales cuando se da dicha inclusión de forma ilícita.

3.1. ¿Qué implica para una persona estar ilegalmente incluido en un listado de morosidad? ¿Se irrogan daños para la persona incluida en un registro de morosidad?

3.1.1. Relevancia de la información negativa suministrada

La inclusión en un listado de morosidad implica una publicidad y difusión de una **situación fáctica de información negativa de una persona en el sentido de que la misma no es cumplidora de sus obligaciones ante los demás**, lo que tiene **relevancia en los actos jurídicos de financiación, especialmente relacionados con la concesión o denegación de crédito**, de lo cual pueden derivarse daños y perjuicios a la persona incluida. Y, si en la inclusión y/o el mantenimiento en los listados no se han observado los requisitos de la legislación de protección de datos, los mismos son tutelables por nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a la propia legislación de protección de datos y a la Legislación protectora del Derecho al Honor, a la intimidad y a la reputación profesional.

3.1.2. Clases de daños que pueden generarse

Estos daños pueden y son diversos, y así será diversa su reparación; y así puede hablarse de **daños puros contra el honor y la reputación personal y profesional**, cuyo resarcimiento puede ser solicitado en sede de la propia legislación de protección al honor.

Pero, también, se causan otros daños con el mantenimiento de la situación, como serían los **daños puramente económicos** derivados de la no obtención de crédito en el sistema financiero, o de la concesión de crédito, en el circuito predatorio y usurario a unos tipos fuera de mercado, pues la prima de riesgo en esa situación de morosidad tiene una valoración, por las entidades, muy alta. También la inclusión ilícita de los datos en un registro de solvencia financiera implica merma en la libertad de actuación del individuo desde el punto de vista económico.

Por ello conviene detenerse, si bien sea someramente, en el concepto del honor acuñado por la jurisprudencia constitucional, así como en el concepto de ciudadano económico.

4. CONCEPTO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL HONOR

Como demostraremos posteriormente la inclusión en los registros de morosos afecta al honor y reputación de una persona y si dicha inclusión se realiza contraviniendo las normas y requisitos que las normas de protección de datos establecen, entendemos vulnerado el derecho al honor y a la reputación personal y profesional de dicha persona, teniendo amparo y protección en las normas de protección de datos y del derecho al honor.

Se define el derecho al honor, como recoge la **Sentencia 219/92 del Tribunal Constitucional**, como *«el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social sin que pueda su titular ser escarnecido o humillado en la consideración de uno mismo o ante los demás»*. Y que, como añade o recoge la **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1991** : *«el hecho atentatorio merecedor de la protección por constituir la verdadera intromisión ilegítima es precisamente la divulgación de la expresión o del hecho y no la imputación privada que pueda hacerse sobre la materia»*. Y es que, como recoge dicha Sentencia, *«sin divulgación no hay imputabilidad ya que la esencia de la infracción es precisamente esa divulgación»*.

A ello hemos de añadir, como muestra, lo que dispone la **Sentencia del TS de 17 de junio de 2004** en relación a la **inclusión en Registros de Morosos, que la inclusión de la demandante en un fichero de morosos, sin concurrir los requisitos precisos y en clara falta de diligencia de la apelante** – la entidad financiera demandada – no puede sino calificarse como hace la *Sentencia de vulneración del derecho de la demandante*. Y continua: *«Ello implica la vulneración del derecho al honor al suponer una intromisión ilegítima (artículo 7.7 L.O 1982) en cuanto que el hecho indebidamente divulgado , hace desmerecer ante los demás , al menos en su aspecto de cumplidor de obligaciones de carácter económico , con la publicidad que comporta no puede dejar de tener ésta calificación.»*

Dentro del concepto del honor, protegido jurídicamente, **se incluye el prestigio profesional**, lo cual aunque había sido discutido años atrás en la actualidad no plantea dudas. Así lo expresa claramente la **STS 20-3-1997**, al afirmar que: *«en cuanto al tema del prestigio profesional, superada la antigua doctrina jurisprudencial, que consideraba que el prestigio profesional no formaba parte del derecho al honor- (la protección vendría desde su consideración como acto ilícito generador de perjuicios, y protegible en base a lo dispuesto en el art. 1902 CC que regula la culpa extracontractual (STS 21 diciembre de 1989 y 9 de febrero de 1990) - se ha llegado a estimar que un ataque al prestigio profesional pueda integrar una trasgresión del honor (STS 18 de noviembre de 1992); y se consolida dicha doctrina, ya de forma definitiva, a partir de la STC 14 de diciembre de 1992 pudiendo afirmar que «el derecho al honor comprende también el prestigio profesional».*

En la **Sentencia del TC 11-10-99**, se dice que *«el "honor", como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo, cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege»*.

No obstante, esta imprecisión del objeto del derecho al honor, el TC **no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto, afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena**, al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (**SSTC 172/1990, 223/1992, 170/1994, 139/1995 y 3/1997**). Y en la **Sentencia 223/1992 de 14 de diciembre dicho Tribunal Constitucional**, rotundamente afirma que *«el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor»*.

A este respecto, es muy claro, **el artículo 9 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 afirma: *«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... Y continúa en su segundo párrafo «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir ulteriores intromisiones. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados»*.

5. LA CONSIDERACIÓN DE CIUDADANO ECONÓMICO Y DAÑOS EN RELACIÓN CON DICHA CONDICIÓN: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

5.1. Afectación del “status” económico de ciudadano

La circunstancia –estar incluido ilegalmente en registros de morosidad– **atenta y mina el “status” económico de ciudadano** por la injusticia que supone el hecho de la exclusión del

mercado o **esfera del crédito, hecho que se agrava y dificulta si la situación económica es de crisis económica** como la que vivimos actualmente con la contracción de crédito existente.

Se puede decir, y no es exageración, que **cabe hablar de ciudadanos en situación o riesgo de exclusión social**, precisamente, en aquellos casos de actitud negligente de las entidades financieras al incluir a personas sin observancia de los requisitos y garantías legales para ello pues dicha inclusión ilegal en los registros, **implica la negación de una plena autonomía del individuo al carecer de las condiciones que en una sociedad desarrollada se requieren y exigen para una plena integración en la esfera económica de esa sociedad, por la imposibilidad de acceso a los servicios financieros**, al aparecer como moroso. Estamos hablando de libertad y dignidad, pues las entidades financieras al igual que pueden facilitar el logro de los objetivos vitales básicos de las personas como es conceder financiación para el desarrollo de una vida digna, pueden con su conducta, también, como ocurre en los casos que analizamos, impedir los más elementales objetivos vitales o, cuando menos, dificultarlos.

La **cuantificación y justificación de los daños ha de realizarse para su justificación de una manera** objetiva, atendiendo a la realidad –de acuerdo a los criterios jurisprudenciales– del **daño causado derivado de la situación de inclusión** y mantenimiento del dato de la persona en un listado de morosidad en aquellos casos en que se haya contravenido o incumplido la normativa de protección de datos – conducta civilmente ilícita – ya sea por no ser la deuda cierta, tanto en los casos de ausencia de la misma por extinción de acuerdo al artículo 1156 del Código Civil como en los casos en que sea controvertida por estar en discusión ante los Tribunales de Justicia, como puede ocurrir en los casos de acciones de nulidad, anulabilidad o resolución, estando pendiente de declaración ya su existencia o su inexistencia siendo los Tribunales de Instancia los que interpreten los contratos y declaren y otorguen la naturaleza jurídica correspondiente a las acciones planteadas.

5.2. Análisis jurisprudencial de la existencia y justificación del daño infligido a una persona que es incluida ilegalmente en un registro de morosidad

Comentaremos, finalmente, en este punto, algunas sentencias de nuestros Tribunales que han resuelto acerca de los daños que se producen a una persona incluida ilegalmente en un registro de morosos.

5.2.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 12-7-2000

Se subraya en ella, en relación con una inclusión en el ASNEF, que *toda vez que la información que facilita como verdadera, si no lo es, puede acarrear perjuicios de diversa índole y entre ellos por supuesto, el moral*, todo lo cual obliga a la estimación sustancial del recurso con revocación de la resolución apelada por el daño moral genérico que la misma ha sufrido.

5.2.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 13-2-2003 (recurso 237/03)

Se ha pronunciado en cuestión semejante, al afirmar que *los hechos enjuiciados constituían una vulneración del derecho al honor porque la imputación de tal condición a cualquier persona le hace desmerecer en la consideración ajena y del público aprecio al presentarla como incumplidora de las obligaciones contractualmente asumidas*.

5.2.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24-2-2003, Sección 20

Se afirma en la misma que: *«los datos se introducen en el fichero a partir del cual están a disposición de todo aquel que lo desee consultar, sin que el hecho de poder acceder a la información solo los asociados sea una nota que la excluya, porque ello sería tanto como mantener que la divulgación está dependiendo de la mayor o menor tirada de un periódico o del índice de audiencia de un medio de comunicación audiovisual. La divulgación nace con la posibilidad de que la información pueda ser consultada y la que ampara el artículo 29 de la Ley 15/99 de protección de datos desaparece cuando los datos no son ciertos.»*

5.2.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 14-1-2003 (recurso 291/2002)

Esta resolución judicial señala que *«la conducta de la entidad que ha sido demandada ha de catalogarse cuando menos de gravemente negligente al comunicar hechos no veraces relativos a la solvencia de un cliente a un registro de morosos como claramente contraria a los buenos usos y prácticas bancarias»*. Para más adelante añadir que *«sea suficiente con tener en cuenta las negativas y evidentes repercusiones de toda clase, como las comerciales, de efectos próximos o remotos cuyo error alertará a futuros contratantes en importante lapsus de*

tiempo, o aquellas otras simplemente personales en cuanto que aquel hecho le impedirá conseguir un crédito o financiación, o sin más le supondrá un demérito en la consideración de otras personas que tengan o puedan tener conocimiento del dato injustificadamente difundido, cuando bien sabido debe ser que el honor de una persona presenta una doble perspectiva o vertiente, pues por un lado está la consideración interna que supone una íntima convicción de su propia persona, y desde otra externa la valoración que de la misma hacen los demás».

5.2.5. La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 28 de junio de 2002 (rec. de apelación 329/2002)

Examina un asunto en el que se había planteado demanda por inclusión en el ASNEF-EQUIFAX; hecho que, según la demandante, *le había lesionado el honor mercantil causándole desprestigio y daño en su imagen empresarial, por lo que solicitó que se condenara a la entidad a la cancelación en el fichero Asnef-Equifax y a una indemnización por los daños* de dos millones de pesetas. La sentencia falló a favor de la reclamante, a la que condenó en costas y al pago de indemnización.

5.2.6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, de 30-12-2005

Esta sentencia recoge una jurisprudencia consolidada en el mismo sentido que las anteriores, citando, entre otras, las siguientes:

– **Sentencia del TS de 5 de julio de 2004:** «En todo caso, *el ataque al honor del demandante* (mas 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* (art. 7-7 LO 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.*»

– **Sentencia de la AP Cádiz, Secc. 2.ª, de 21 de enero de 1998.**

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Secc. 4.^a, de 13 de octubre de 1999.**
- **Sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife, Sección. 4.^a, de 27 de mayo de 2002** (cuya doctrina se reitera también en la sentencia de la misma AP de 17 de septiembre de 2007). Se afirma en esta sentencia: «E *incluyendo a la clienta en dos registros de morosos, lo que, indudablemente, pone de manifiesto no solo una actuación desconsiderada y no exenta de cierta prepotencia hacia la clientela, sino un incumplimiento de varios aspectos de la Instrucción núm. 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos.*».
- **Sentencia de la AP Badajoz, Secc. 1.^a, de 30 de octubre de 2002.**
- **Sentencia de la AP Madrid, Secc. 11.^a de 13 de febrero de 2003.** En ella se concluye: «Sentado este ilegal proceder, *es patente la existencia de la vulneración denunciada, incardinable en art. 7. 3 de la LO 1/1982, al haberse divulgado, mediante su inclusión en un fichero de morosos, de datos relativos a la actividad comercial de la demandada que afectan a su reputación patrimonial, obtenidos vulnerando, radicalmente, la normativa establecida* al efecto, lo que comporta, de entrada, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, debiendo declarar la intromisión ilegítima solicitada.»
- **Sentencia de la AP Barcelona, Secc. 19.^a, de 18 de septiembre de 2003:** En dicha resolución judicial se llega a la siguiente conclusión: «Por todo ello hemos de concluir que Caja XXX *lejos de obrar con la diligencia exigible a un profesional propio del tráfico jurídico-mercantil comunicó con negligencia como morosos los datos personales de los actores, lo que pone de manifiesto si no una actuación dolosa y abusiva tal y como la califica la sentencia de instancia sí una actuación negligente y descuidada en el quehacer de sus funciones,* al incluir a los actores en el registro de morosos.»
- **Sentencia de la AP Málaga, Secc. 6.^a, de 17 de junio de 2004.** Aprecia la existencia de un daño en los siguientes términos: «Y *no actuar en la forma en que lo hiciera con los importante perjuicios que en el tráfico mercantil puede provocar a una entidad societaria en sus*

relaciones con terceros, de ahí que deba considerarse acertada la resolución de instancia al determinar la existencia de un comportamiento negligente en la demandada y la producción de un resultado lesivo ligado a aquél por nexo de causalidad, pues con ello se produjo un deterioro más que evidente del prestigio comercial de la actora.»

– **Sentencia de la AP Madrid, Secc. 19, de 20 de diciembre de 2004:** En la línea que se viene exponiendo, la sentencia afirma: «Lo mismo cabe decir sobre la pretendida inexistencia de *vulneración del derecho al honor, extremo al que se ha dado respuesta en los fundamentos que preceden, y que ciertamente se conculca al suponer una intromisión ilegítima (art. 7.7. LO 1982 citado) en cuanto el hecho indebidamente divulgado, hace desmerecer ante los demás, al menos en su aspecto de cumplidor de sus obligaciones de carácter económico, y la permanencia en ese estado durante el tiempo dicho, con la publicidad que comporta, no puede dejar de tener esta calificación.»*

– **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Parla (Madrid), de 12 de abril de 2005.** La sentencia reconoce «*el perjuicio que para su reputación comercial se ocasiona en la entidad actora y que determina el reproche de su conducta y la tutela de la entidad perjudicada en su prestigio profesional, debiendo restaurar el mismo*, rectificando la entidad demandada, a su costa, el apunte contable erróneo efectuado en el CIRBE.»

Como conclusión, con este repertorio de sentencias, a las que podríamos añadir muchas más especialmente de la Audiencia Nacional en las que en un porcentaje muy alto, que será objeto de otro estudio, confirman las sanciones impuestas por la Agencia de Protección de Datos, creemos probado y justificado que el asunto que estamos analizando, inclusión ilegal por la entidad financiera, se da con demasiada frecuencia por el elevado número de resoluciones judiciales que acogen las pretensiones de las personas incluidas. El problema, por tanto, existe y es por ello que ha de abogarse por la adopción de medidas que palien los daños que en dichas resoluciones se ponen de manifiesto.

6. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS APLICABLE A LOS REGISTROS DE MOROSOS DERIVADOS DE INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES DINERARIAS RELACIONADOS CON OPERACIONES BANCARIAS

Analizaremos ahora los requisitos que establece la normativa sobre Protección de Datos relativa a los requisitos que exige para la lícita inclusión en dichos registros. Respecto de dicha normativa hay que distinguir dos momentos en relación a la vigencia de las normas aplicables: desde la entrada en vigor de la Ley de Protección de Datos (Ley15/1999) hasta el día 19 de abril de 2008, en que entró en vigor el nuevo reglamento (RD 1727/ 2007). En la primera fase, además de en la propia la Ley, tales requisitos fueron recogidos y matizados por la Instrucción 1/1995, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a los servicios sobre solvencia patrimonial y crédito. Dichos requisitos con determinados matices han sido recogidos por el nuevo Reglamento.

Subrayamos así que la Legislación de datos en materia del incumplimiento de obligaciones dinerarias en relación a los ficheros de titularidad privada ha venido siendo regulada por la LOPD, la Instrucción 1/1995 y el nuevo Reglamento, que desarrolla aquella, normas que pasamos a exponer si bien antes aludiremos al poder normativo de la Agencia de Protección de Datos y a la naturaleza jurídica de la Instrucción.

6.1. Naturaleza jurídica de la Instrucción

En cuanto a la **naturaleza jurídica de la Instrucción, y a la incardinación en el ordenamiento jurídico de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos**, deben de entenderse como **normas, en el sentido de disposiciones de carácter general**, que tienen por objeto aclarar y apoyar la interpretación de la Ley, con el fin de adecuar los tratamientos a los principios establecidos en la misma. El artículo 37 de la LOPD, en su apartado c), establece entre las funciones de la Agencia Española de Protección de Datos la de *«dirigir, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.»*

Como tiene recogida la **sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2006**, acerca del incumplimiento de esta Instrucción, en el fundamento cuarto:

«La referencia a estas “disposiciones de desarrollo” no parece que deba de interpretarse como que los preceptos que se infringen vengán recogidos en normas con carácter formal de Reglamento sino que cualquier tratamiento realizado con incumplimiento de las Instrucciones emanadas por el Director de la Agencia en aplicación de la autorización conferida por el artículo 37 de la LOPD podría dar lugar a un incumplimiento sancionable ». Y añade más adelante que «... incumpliendo los requisitos generales que las Instrucciones del Director de la Agencia Española de Protección de Datos imponen para

determinadas actuaciones, no queda sino asumir las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento y que se definen por el artículo 44.3 d) de la LOPD.»

Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de enero de 2009, señala al respecto: «La exigencia de requerimiento previo para proceder a la inclusión de los datos del acreedor moroso en los ficheros correspondientes no procede de la Ley Orgánica 15/99 sino que procede de la Instrucción 1/95 dictada por el Director de la Agencia (y que hemos transcrito mas arriba), por lo que el tipo aplicable en este recurso es el que hace referencia al tratamiento de datos “con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo” que recoge el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica...

La referencia a estas "disposiciones reglamentarias de desarrollo" no parece que deba interpretarse como que los preceptos que se infringen vengán recogidos en normas con carácter formal de Reglamento sino que cualquier tratamiento realizado con incumplimiento de las Instrucciones emanadas por el Director de la Agencia en aplicación de la autorización conferida por el artículo 37 de la misma ley Orgánica podría dar lugar a un incumplimiento sancionable.

La interpretación pretendida por el recurrente (en el sentido de que la Instrucción 1/95 carece de carácter reglamentario) dejaría las Instrucciones del Director de la Agencia como carentes valor y de aplicación practica y ello a pesar de haberse dictado en el ámbito de actuación que marca el apartado d) del referido artículo 37 cuando atribuye a la Agencia la función de dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.

Procede rechazar los argumentos de la parte recurrente en la forma siguiente:

- Evidentemente la Instrucción 1/95 no es un Reglamento en su sentido formal, pues no se ha dictado siguiendo el procedimiento específicamente establecido, pero no se olvide que el artículo 44.3.d) sólo habla de Disposiciones Reglamentarias.

- El hecho de que la Instrucción 1/95 no esté incluida entre las mencionadas por la Disposición Transitoria Tercera entre las normas preexistentes a la Ley Orgánica 15/99 cuya vigencia se mantiene, no puede impedir su carácter de disposición reglamentaria de desarrollo.

- La exigencia o no de requerimiento de pago a efectos civiles y en aplicación de lo previsto por el artículo 1100 del Código Civil (que no exige dicho requerimiento cuando la obligación así lo declare) puede tener efectos puramente civiles pero no afecta a la exigencia de cumplimiento de un requisito que tiene su origen, exclusivamente, en la normativa específica de protección de datos.»

6.2. Situaciones transitorias entre la Instrucción y la entrada en vigor del Reglamento

Los contenidos básicos de éstas instrucciones han sido recogidos en el Reglamento de la LOPD, y lógicamente se estará a la normativa vigente en el momento de la inclusión ilegal, si

bien si la misma persiste después de la entrada en vigor del Reglamento, ha de estarse a éste en cuanto a la tipificación de conductas sancionables, como el hecho de no procederse a la retirada del registro o a la cancelación del dato y la oposición a la misma.

6.3. Normativa básica en relación a los requisitos exigidos para la inclusión

6.3.1. Exigencias de calidad de los datos y veracidad en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LO 15/1999, de 13 de diciembre)

Dicha Ley Orgánica recoge el principio de calidad de los datos en su artículo 4, en el que dispone que *«los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado»* y en su apartado 4º prescribe que *«Si los datos de carácter personal registrados resultaren ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades del artículo 16»*.

De esta forma, dada la obligación recogida en el **artículo 4.3** citado, se impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier **fichero sean exactos y respondan en todo momento a la situación actual** de los afectados, **siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.**

Por su parte, **el artículo 29 de la Ley regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito** y distingue a nuestros efectos dos supuestos, uno de los cuales se refiere a los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quién actúe por su cuenta o interés a los que se refiere el **apartado 2** de dicho artículo, que dispone: *«Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o quien actúe por su cuenta e 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»*. Ello con el límite, para dicho tratamiento, que recoge el **apartado cuatro** del mismo artículo: *«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.»

6.3.2. Instrucción 1/1995, relativa a los servicios sobre solvencia patrimonial y crédito

A) Antes del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado mediante RD 1720/2007, de 21 de diciembre, se aplicaba la **Instrucción 1/1995, relativa a los servicios sobre solvencia patrimonial y crédito**, en desarrollo del artículo 28 de la LOPD, en cuya norma primera, punto 1, ya se establecía que «*la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligación dinerarias (artículo 29 LOPD) deberá efectuarse solamente cuando: a) exista previamente una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada y b).- que se haya requerido previamente por el acreedor el pago de la deuda a quién corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación.*»

Obsérvese, que se trata de **DOS REQUISITOS: uno, MATERIAL, se refiere a la exactitud del dato, que exige deuda cierta –por importe líquido determinado– vencida, exigible y que haya resultado impagada. El otro requisito, FORMAL, requiere que se realice, con carácter previo a la inclusión, requerimiento al obligado del mismo del importe de la deuda que posteriormente se va a incluir.** A estos dos requisitos se refiere la **sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2006, en su fundamento quinto**, cuando dice: «*En conclusión debe de considerarse, que aquel que utiliza un medio extraordinario de cobro como es el de la anotación de la deuda en un Registro de Morosos, debe de garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (exactitud del dato) y formales (requerimiento previo) que permitan el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar ésta exigencia supondría, por el contrario utilizar éste 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.*»

Así, una entidad financiera, al introducir y ceder los datos de una persona a una empresa titular de ficheros de esta naturaleza tiene que cumplir dos requisitos: que **la deuda sea cierta sin que quepa controversia alguna sobre ella; y el requisito formal en virtud del cual debe de realizar requerimiento previo de notificación del importe de la deuda en ese momento, de manera que en caso de no atender dicho importe, y no otro, es el que ha de incluirse en dichos registros.**

B) Continúa dicha Instrucción en sus apartados 2 a 4 del siguiente modo:

«2.- 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.

3.- El acreedor o quien actúe por su cuenta e interés deberá asegurarse de que concurren todos los requisitos exigidos en el número 1 de ésta Norma en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.

4.- 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. Dicho plazo es independiente del establecido en el artículo 15.2 del Real Decreto 1332/1994 de 20 de junio y que se aplica al fichero del acreedor.

En aquellos casos de incumplimiento de los requisitos y de reclamación del usuario para que sea retirado del registro y haya oposición de la entidad financiera **a dicha cancelación podríamos estar ante situaciones de abuso de posición dominante** en el mercado –pues la posibilidad de inclusión no la tienen los consumidores sino las entidades financieras; **de abuso de derecho** y de realización arbitraria del mismo, siempre que la actuación de la entidad sea de resistencia e intimidación, lo que la calificaría de dolosa produciendo y generando daños graves en las personas incluidas ilegalmente, supuestos que Ley sanciona en diversos órdenes jurisdiccionales con la evidente responsabilidad en cada uno de ellos.

6.3.3. El Reglamento 1720/2007, de 21 de diciembre, ha venido a recoger lo dispuesto en la anterior Instrucción; así, exige la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y el requerimiento previo de la notificación de la deuda al deudor, en los mismos términos de la Instrucción, AÑADIENDO como novedad respecto de la redacción del artículo equivalente de la Instrucción, QUE RESPECTO DE LA DEUDA NO SE HAYA ENTABLADO RECLAMACIÓN JUDICIAL, ARBITRAL O ADMINISTRATIVA.

Así, el artículo 38 dispone:

«**Requisitos para la inclusión de los datos. 1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero. 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 aquélla fuera de vencimiento periódico. c) REQUERIMIENTO PREVIO DEL ACREEDOR a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.»**

Y en su apartado 2 dispone que **«NO PODRAN INCLUIRSE en los ficheros de esta naturaleza DATOS personales SOBRE LOS QUE EXISTA UN PRINCIPIO DE PRUEBA que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará asimismo LA CANCELACION CAUTELAR DEL DATO PERSONAL DESFAVORABLE en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.»**

6.3.4. El requisito de la deuda cierta

A) Contratos válidos e inválidos. Nacimiento de efectos jurídicos.

De acuerdo a la teoría de los contratos, lo cual es aplicable a los contratos bancarios, cabe referirse a contratos perfeccionados que adolecen de invalidez por falta o vicios que afectan a los requisitos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa) o de los elementos reales que en determinados casos exigen como elemento esencial la entrega dineraria en el préstamo, los cuales no producen efectos jurídicos algunos aunque exigen la declaración por los Tribunales de tal situación. En estos casos, desde el momento en que fehacientemente el deudor notifique al banco tal situación no cabe la inclusión en los registros de morosos, pues habrá de estarse a lo que resuelvan los Tribunales, una vez sea firme la sentencia judicial. No cabe en estos supuestos hablar de deuda cierta. Tampoco en los casos de anulabilidad y resolución contractual en los que exista contienda judicial, la razón es clara: la deuda no tiene certeza, al ser controvertida, ni tampoco puede considerarse vencida y líquida.

La deuda tiene existencia en los contratos perfeccionados válidamente y consumados en los que no exista condición suspensiva alguna sobre los efectos contractuales. Por tanto, los

contratos han de reunir todos los requisitos de validez, quedando prestaciones sólo a cargo del deudor, por haber cumplido la entidad financiera las que a ella le correspondían.

B) El concepto de deuda cierta y certeza de la deuda

En principio una deuda es cierta por tratarse, en los términos del artículo 1113 del Código Civil, de una obligación pura no sujeta pues a condición alguna. Desde luego, si ésta es de naturaleza suspensiva el contrato no produce efecto alguno antes de que ocurra el hecho o evento en que consiste la condición. Si es resolutoria el contrato produce efectos y las prestaciones de las partes se habrán cumplido en aquellos casos en que sean bilaterales teniendo existencia la deuda. Pero el tema no se agota aquí, pues pueden darse casos en que los contratos generadores de la deuda tengan vicios que comporten la nulidad o la anulabilidad, siendo tan legítimas las reclamaciones de la entidad, como las del cliente. Y puede darse el caso de que a juicio de alguna de las dos partes se haya producido un incumplimiento de la otra, y se active y opere la resolución contractual ex artículo 1124 del Código Civil. En todos estos casos se requiere de una sentencia que declare tal situación jurídica. Se distingue la nulidad de las otras dos formas de conclusión patológica del contrato, pues la nulidad no se presume y opera “desde ya” y, en cambio, la resolución requiere una declaración judicial que declare que ha sido ajustada a Derecho.

Pensemos por ejemplo en un contrato de préstamo que es de naturaleza real, nace con la entrega, con arreglo al cual la entidad financiera entrega unos fondos, pero no la totalidad de lo pactado. El cliente reclama la parte pendiente y paraliza su prestación por la *exceptio inadimpleti* al no haber cumplido la entidad en su totalidad, requiriendo formalmente al Banco a su cumplimiento exacto de su prestación. En este caso, la entidad no lo puede incluir, pues sería un ejercicio de abuso y autotutela al haber un principio de prueba, como sería la falta de entrega total y el requerimiento de reclamación de cumplimiento y paralización o suspensión de su prestación debida por lo entregado. Y si el cliente reclama judicialmente la nulidad del mismo contra la entidad, y lo hubiera incluido ha de retirarlo de dichos registros en cuanto que hay interpuesta una reclamación judicial. Lo mismo ocurriría en un préstamo a promotor que goza igualmente de naturaleza real, si bien la prestación de la entrega de los fondos por parte del Banco está sujeta a la condición del cumplimiento de determinados requisitos en relación al avance de la obra como son las tasaciones parciales realizadas por la entidad tasadora designada por la entidad y que en caso de que no se realice la entrega en su totalidad o en ritmo diferente al

pactado puede dar lugar a la nulidad del préstamo, en cuanto que la entrega total es elemento esencial del contrato.

Se pueden dar, por tanto, dos situaciones: en primer lugar, que haya una controversia entre entidad financiera y cliente, en la que haya habido requerimientos fehacientes en ese sentido, abogando bien por la nulidad, resolución o anulabilidad. En este caso se estará ante principios de prueba, por las propias reglas del Código Civil relativas a la mora e incumplimiento. En caso de que se haya instado reclamación judicial, de idéntica forma a la anterior tampoco es lícita la inclusión en dicho registro.

Dicho lo anterior, en este punto es interesante resaltar el concepto de deuda cierta que se maneja, que no es idéntico en el Derecho Civil y el Derecho Procesal. La legislación de Protección de Datos alude a deuda cierta, en el sentido del Derecho Privado de obligaciones, pues está refiriéndose a la realidad y veracidad de una deuda en el momento en que el dato es tratado y va a ser incluido en el registro, se trata de un concepto material asociado al de deuda real, verdadera, no controvertida e incluso asociada al concepto de liquidez como tiene reconocida la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 4 de Parla de 12 de abril de 2005, cuando, en relación a la inclusión en los registros de morosos y a la lesión al honor, señala que: **«cabe hablar de lesión al honor y de perjuicio injustificado para el buen nombre de la persona incluida quién si bien resultaba deudora de la entidad financiera demandada, no por el concepto por el que fue incluida, muy superior, más del doble del real, con constancia de que la negativa al abono de la suma pretendida por parte de la actora, estaba justificada por el propio error inicial de la entidad bancaria en la liquidación y conociendo además la iliquidez de la deuda.... persiste la demandada Sin que hasta el momento presente haya rectificado la suma inicial del registro.»**

La **certeza, alude, civilmente** a la inexistencia de duda o controversia alguna respecto de la deuda que tiene su origen o fuente en un contrato (artículo 1091 Código Civil). 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 de la misma y que, en caso de reconocerse, determinará que no existirá deuda y sí obligación con origen legal (artículo 1303 Código Civil) de restitución entre las partes, obligación nacida *ex novo*.

Por su parte, **desde la perspectiva procesal** y en relación a la ejecución, tal y como recoge la Exposición de Motivos de la LEC ,se alude a **la certeza de la deuda** desde un punto de vista adjetivo o formal asociado al título o forma documental, más que al contrato o contenido intrínseco del mismo, al afirmar dicha Ley que configura a los títulos ejecutivos extrajudiciales

como genuinos títulos ejecutivos esto es, instrumentos que por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa, exigiendo además otros requisitos a esa deuda razonablemente cierta como que esté vencida, exigible y líquida.

C) Deuda vencida y exigible e impagada

En este sentido se estará a los conceptos civiles generales del derecho de obligaciones relativos al vencimiento y exigibilidad. Así, una 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”. **Por su parte, cuando no exista término, recoge el artículo 62 del Código de Comercio que** “Las obligaciones que no tuvieron término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y el día inmediato si llevaran aparejada ejecución”.

Finalmente, la exigibilidad alude a la posibilidad de su reclamación judicial, sin que el deudor disponga de una excepción que le permita paralizar la acción del acreedor rehusando la ejecución de la prestación.

Hay otro requisito más para poder reclamar judicialmente, en vía ejecutiva, una deuda, como es que ésta sea líquida en el sentido de que esté determinada su cuantía exactamente. La Ley y el Reglamento examinados guardan silencio sobre este requisito, exigido por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En sede de protección de datos, nos inclinamos por la posición de que siempre ha de exigirse para poder incluir al deudor en los registros de morosidad, ya porque se considera incluido dentro del requisito general de certeza de la deuda, ya porque se considere que aquella deuda que no es líquida tampoco puede ser exigible.

Es de trascendental importancia a los efectos de la inclusión lo que recoge la Instrucción 1/1995 en relación a las obligaciones de vencimientos periódicos en el sentido siguiente: *«La inscripción en el fichero de la obligación incumplida se efectuará, bien en un solo asiento si fuese de vencimiento único, bien en tantos asientos como vencimientos periódicos incumplidos existan señalando, en este caso, la fecha de cada uno de ellos. Se efectuará una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta tenga con el mismo acreedor o con distintos acreedores».*

Se plantea un problema en el caso de que por parte de la entidad financiera se decreta el vencimiento unilateral anticipado de la operación, al amparo de lo recogido en las cláusulas del contrato en desarrollo de lo recogido en el artículo 1124 del Código Civil, que contempla la condición resolutoria tácita de las obligaciones sinalagmáticas en el supuesto de que el deudor discrepe de dicha resolución por razones que estime ajustadas a Derecho, por ejemplo cobros indebidos por error en aplicación del interés normal o de demora que pretenda su compensación, etc. En estos casos parece que deberá ser un juicio plenario el que decida si la resolución unilateral practicada por el Banco es ajustada a Derecho. Es curioso que esa regulación civil que implica una auténtica prejudicialidad civil que debería de aplicarse y paralizar los procedimientos ejecutivos basados en títulos extrajudiciales, cuyo vencimiento es decretado unilateralmente por la entidad financiera al no ser estos procedimientos de naturaleza declarativa, sino ejecutiva.

Finalmente, la deuda ha de estar impagada y, al exigirse el requisito del requerimiento previo al deudor por parte de la entidad financiera, sirve éste para ponerlo en mora en los términos a que se refieren los artículos 1100 del Código Civil y 63 del Código Comercio. Además, la cantidad que le sea comunicada al deudor ha de ser la cantidad que posteriormente ha de incluirse y que, con fundamento en lo que decíamos más arriba, ha de ser líquida, lo que exige para los préstamos a interés variable y los créditos bancarios que haya sido certificada por Notario, en los términos de los artículos 573 de la LEC y 218 del Reglamento Notarial.

D) Competencia en casos de controversia para determinar la certeza o no de la deuda o su existencia o inexistencia.

1º.- Los Tribunales de Justicia.

La determinación de la certeza de la deuda corresponde, en aquellos casos en que haya contradicción entre las partes sobre la misma, a los Tribunales de Justicia, que declararán quién lleva razón en la controversia y se pronunciarán sobre la certeza o no de la deuda, siendo éstos los que resuelvan acerca de la nulidad, anulabilidad o resolución del contrato del que la deuda trae su causa, o, en su caso, la existencia y vigencia de la misma.

En los casos en que haya discusión entre el cliente y la entidad financiera acerca de la existencia o cuantía de la deuda y acuda o no, aquél, a los Tribunales de Justicia como demandante o realice oposición como demandado a lo instado por el Banco, surge la duda de la competencia de la Agencia de Protección de Datos

2º.- La Agencia de Protección de Datos.

Es clara la función de la Agencia, la cual no versa sobre la declaración o no de derechos en el ámbito civil o mercantil, en cuanto órgano de carácter administrativo que es. La Agencia de Protección de Datos no puede decidir sobre el carácter cierto o no de la deuda en los expedientes que resuelve por acto administrativo, por no tener competencia para ello.

Así lo recoge la propia Agencia en numerosas resoluciones, de entre las que, como muestra, recogemos **la Resolución R/00121/2007, de fecha 5 de marzo de 2007**, en relación al expediente sancionador PS/00152/2006, la cual establece que *«En cuanto al fondo del asunto planteado, se debe señalar que el denunciante alega que sus datos fueron dados de alta en el fichero Asnef sin que existiera deuda cierta, vencida y exigible. A este respecto cabe señalar que si bien la Agencia Española de Protección de Datos no es competente para determinar la existencia de la deuda, sí resulta competente para valorar, a la vista de la documentación aportada por las partes, si la inclusión de los datos en el fichero de morosidad resulta acorde con la normativa de Protección de datos.»*

6.3.5. Existencia de requerimiento previo

El segundo requisito o garantía que exige la Instrucción 1/1995, recogido de forma idéntica en el nuevo Reglamento, para la lícita inclusión en los Registros de Morosos es el requerimiento previo de pago. La interpretación de este requisito la realiza la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia que decide el recurso número 1067/1999, de fecha 9 de mayo de 2003, al señalar, en relación con *la obligación de la entidad acreedora de acreditar que el requerimiento previo de pago llegue a conocimiento del deudor*, que *«no basta la existencia de un sistema de emisión de notificaciones requiriendo el pago de la deuda, sino que es preciso, además, acreditar su recepción por parte del afectado»*.

Recientemente la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de enero de 2009, en relación con este requisito, recoge las siguientes precisiones:

«SEGUNDO: El artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal señala que “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

La obligación establecida en el artículo 4.3 transcrito impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier fichero de datos sean exactos y respondan en todo momento a la situación actual de los afectados, siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés...

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan con los requisitos que el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 establece, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos de su deudor en el fichero y de instar la cancelación de los mismos, toda vez que es él quien conoce si la deuda realmente existe o si ha sido saldada o no. Así se desprende del mencionado artículo 29 y se recoge expresamente en la norma primera, apartado 3, de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo...

Por todo ello, se sanciona por la resolución recurrida la infracción de lo previsto en el artículo 44.3.d) que considera infracción muy grave: “Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave”

TERCERO: La cuestión central que se plantea en el presente recurso no es, pues, la exactitud del dato que fue dado de alta en los registros de morosidad, sino si a la entidad recurrente le era posible promover dicha alta sin haber requerido previamente de pago al obligado.

La exigencia de requerimiento previo para proceder a la inclusión de los datos del acreedor moroso en los ficheros correspondientes no procede de la Ley Orgánica 15/99 sino que procede de la Instrucción 1/95 dictada por el Director de la Agencia (y que hemos transcrito mas arriba), por lo que el tipo aplicable en este recurso es el que hace referencia al tratamiento de datos “con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo” que recoge el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica...

En cuanto a la aplicación del principio de legalidad a la materia sancionadora, la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2005 hace referencia a otras sentencias “que estimaron el amparo solicitado al considerar, en síntesis, que la norma reglamentaria aplicada para sancionar “no se limitaba a ‘desarrollar’ y ‘precisar’ los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley, sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras ... lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 CE” (STC 26/2005, FJ 4)”. En el caso presente, la cobertura legal de la facultad de dictar Instrucciones del Director de la Agencia Española de Protección de Datos está fuera de toda duda y no justifica adoptar una decisión como la adoptada en aquellos supuestos por el Tribunal Constitucional.

No puede olvidarse que esta Sala en la Sentencia correspondiente al recurso 555/2004 confirmó la sanción impuesta a la misma entidad bancaria por unos hechos sustancialmente iguales a los que ahora son objeto del presente recurso contencioso.

CUARTO: En conclusión debe considerarse, que aquel que utiliza un medio extraordinario de cobro como es el de la anotación de la deuda en un registro de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (exactitud del 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 el 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.»

7. COMENTARIO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: NULIDAD, INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y NATURALEZA DEL CONTRATO

Una vez analizados los requisitos de la normativa de Protección de Datos para la inclusión lícita de datos de una persona en un fichero de información sobre solvencia patrimonial, resta por comentar y delimitar el alcance del **“incumplimiento contractual” de obligaciones dinerarias, ya que a ello se refiere el artículo 29.2 de la LOPD**, al que nos hemos referido brevemente en epígrafe anterior.

En general, ante el incumplimiento contractual de una parte, existen diferentes remedios contractuales para satisfacer el interés de la otra parte; así ésta dispone de diferentes alternativas según la naturaleza del contrato y de las obligaciones que éste genera. Según la naturaleza del contrato, cabe distinguir entre: exigir **la nulidad** en el caso de contratos reales, como el préstamo, si la entrega no se produce en su totalidad, ni a los ritmos convenidos; o, en caso de contratos bilaterales, como el contrato de crédito, **exigir el cumplimiento correcto específico o por equivalente o la resolución** del contrato y en ambos casos, solicitar la indemnización de los daños ocasionados (artículos 1101 y 1124 CC).

En el caso de contratos nulos **no aptos para producir efectos jurídicos ni consecuencia jurídica alguna** (y todo contrato nulo es totalmente ineficaz), los contratantes no quedan vinculados, no nacen las obligaciones previstas, las atribuciones patrimoniales eventualmente realizadas en virtud del contrato inválido se considerarán carentes de causa. Y como señala el Profesor D. Federico de Castro en su monumental obra “El Negocio Jurídico” (Madrid 1971, pág 475 al tratar de la eficacia de la Nulidad: «la ineficacia del negocio nulo se produce “ipso iure”, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial»).

7.1. Pretensión de Nulidad, efectos jurídicos y principio de prueba

La LOPD, como hemos advertido, alude a “incumplimiento contractual” de obligaciones dinerarias. Pues bien el cumplimiento y el incumplimiento tienen su sede en la ejecución de contratos nacidos perfectos afectando a sus efectos jurídicos y, en cambio, la nulidad implica la ausencia de efectos, la ineficacia del contrato. **La ineficacia del contrato nulo se produce “ipso iure” o “ex tunc” se dará respecto de todos y de todo; y no es sanable, ni por novación, ni por confirmación, ni por prescripción.** Como recoge la jurisprudencia del TS (entre otras SSTs de 10/6/1952, 7/19/1957, 7/1/1964, y 23/10/1973): **los contratantes deben de restituirse lo percibido por consecuencia del contrato, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en el artículo 1303 del Código Civil, en relación al 1089 del mismo texto legal. Y se produce por sí misma sin necesidad de intervención judicial.** Esta será necesaria, por la discrepancia entre las partes acerca de la misma.

Además como recoge la Sala 1ª del TS, en sentencia de 30 de diciembre de 1987, siendo ponente el insigne jurista D. P. Martín-Granizo Fernández, la nulidad de los contratos, a diferencia de la anulabilidad, **no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes** y, consecuencia de ello ... **la novación no puede operar**, cabe por tanto decir, con frase jurídicamente acertada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar (sentencia 26 de octubre de 1959).

Así, si un cliente iniciara una acción de nulidad contra una entidad bancaria, parece claro y pacífico por las razones aducidas que no cabe la inclusión por ésta en los Registros de Morosidad. A la misma conclusión se ha de llegar en el supuesto de interposición de resolución contractual, pues ésta necesita una declaración judicial.

7.2. Efectos y remedios de la nulidad y/o del incumplimiento de la Entidad financiera en relación con la inclusión en registros de morosos

Según el régimen de responsabilidad contractual del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, **el requerimiento de la parte que estima la nulidad**; o que sufre el incumplimiento, en el caso de contratos bilaterales, **tiene efectos resolutorios**, de modo que en principio no es precisa ninguna sentencia judicial que declare resuelto el contrato. Insistimos en que, incumplida la obligación esencial de la entrega de la totalidad o realizado por la entidad financiera, un cumplimiento defectuoso grave, por ejemplo no siguiendo los ritmos pactados de

entrega en caso de préstamo al promotor, no cabe duda de que hasta que no se resuelva judicialmente lo que proceda en relación con la nulidad, la deuda no es cierta, no pudiendo incluirse al demandante en los registros de morosos. Pero, además, tampoco sería exigible hasta el momento de la declaración judicial, **quedando en suspenso la prestación mediante el ejercicio de la “exceptio inadempti”, y del hecho de que la deuda no tenga la naturaleza de cierta ni de exigible, y de esa inexigibilidad y no certeza, se deriva la improcedencia de la inclusión en un fichero de información sobre solvencia patrimonial.**

Ello sería predicable, incluso, en el caso que estuviéramos en presencia de un contrato no de naturaleza real y unilateral, sino bilateral, pues la interpelación o comunicación a través de los requerimientos si implicara la resolución contractual, justificaría o legitimaría la negativa al pago de las obligaciones recíprocas que se generen con posterioridad a la fecha del requerimiento y también de aquellas que habiéndose generado con anterioridad, resulten inexigibles por el incumplimiento de la entidad financiera (art. 1100 CC).

En conclusión, según se ha expuesto, **en los casos de nulidad del contrato; o, caso de contratos bilaterales, el incumplimiento de obligaciones contractuales principales por la entidad financiera que justifique la nulidad o en su caso la resolución del contrato y, con ello, la extinción inmediata de las obligaciones del deudor, incumplidas las obligaciones por parte de la entidad financiera, no existe deuda cierta, vencida ni exigible, habiendo con la justificación al banco del posible incumplimiento, a través de medios fehacientes, principios suficientes de prueba para que el cliente no sea incluido en los registros de morosidad, mientras se sustancia y aclara la controversia extrajudicialmente o en sede judicial, y en caso de haberlo sido solicitar la retirada de los mismos.**

8. CONFIGURACIÓN COMO ABUSO DE DERECHO DE LA CONDUCTA DE ENTIDAD FINANCIERA QUE INCLUYA DATOS EN LOS REGISTROS DE MOROSOS DE FORMA ILÍCITA

Se trata ahora de analizar si la conducta de la entidad financiera que no cumple los requisitos señalados en los puntos anteriores puede ser constitutiva de abuso de derecho.

El artículo 7 del Código Civil dispone que “La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, pro su objeto o por las circunstancias que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del

ejercicio de un derecho, con daño a tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Por otra parte, la **sentencia (Sala 1ª) de 6 de febrero de 1999** (por todas, ponente el Excelentísimo Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), señala que **«la doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados conceptos jurídicos indeterminados o concepto “válvula”, que por ello, no puede ser conceptualizado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano judicial al resolver la contienda judicial en la que se hubiere planteado tal cuestión»**. Asimismo afirma que la construcción jurídica ya consolidada del abuso de derecho, exige como requisitos esenciales los siguientes: a) **Una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la Ley debe privar de protección.** b) **Una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos.** c) **Que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización.** En términos similares se pronuncian las SSTS (Sala 1ª) de 29 de junio de 2001 (ponente Excmo. Sr. D Pedro González Poveda), 14 de mayo de 2002 (ponente Excmo. Sr. D. Ramón García Varela), 26 de Julio de 2002 (ponente Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote) y 25 de enero de 2006 (ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).

Si aplicamos los requisitos mencionados en relación a las entidades que incluyen datos sin cumplimiento de los requisitos y garantías que exige la Ley de Protección de datos, observamos que estamos ante una actuación aparentemente correcta, la inclusión en dichos ficheros por una deuda, pero extralimitada en cuanto que no cumple los requisitos y garantías que la Legislación de Protección de Datos la cual produce efectos dañinos. Además, dicha actuación permite plantear al deudor incluido ilícitamente la acción, en cuanto reacción, de poder plantear la pretensión de cesación de dicha conducta por parte de la entidad financiera y de solicitud de la correspondiente indemnización.

9. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL

En determinados supuestos, en los que la conducta, además de generadora de abuso de derecho y de realización arbitraria del mismo, lleve consigo una conducta falsaria y dolosa cabe plantearse si los datos de la persona incluida tienen la consideración de documento, y dentro de la tipología de éstos si pueden considerarse documento mercantil.

9.1 *Concepto de documento de dichos registros*

A tenor del artículo 26 del Código Penal «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. A mayor abundamiento, numerosas sentencias de la Sala Segunda del TS (cfr. SSTs de 19 de abril de 1991; 20 de marzo de 1992, y 15 de marzo de 1994), y entre ellas la de 18 de noviembre de 1998 dispone que: «cabe, en consecuencia, cualquier soporte hábil (papel, piedra, madera, cinta magnetofónica, película cinematográfica, disco de ordenador, etc.) para fijar datos jurídicamente relevantes, tanto a través de la escritura como de otros medios (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos)».

Por su parte, la sentencia de la Sala Segunda del TS de 13 de septiembre de 2002 dice que: «son documentos todas aquellas declaraciones de voluntad o de conocimiento que se confeccionan por procedimientos electrónicos o lógicos y que para su entendimiento y/o transmisión son necesarios instrumentos o medios que también están a disposición de cualquiera».

Parece haber fundamento en base a la jurisprudencia expuesta para considerar como documentos los datos incluidos en los registros informáticos de las entidades Financieras, pues incluyen declaraciones de conocimiento acerca de personas y operaciones constituyen, y que con independencia del soporte digital constituyen documentos en el sentido del artículo 26 del Código Penal.

9.2. *Concepto de documento mercantil*

Conviene ahora plantearse si son o no documentos mercantiles a los efectos de la tipología documental recogida en el Código Penal.

La clásica Sentencia del TS de 6 de marzo de 2.001 establece las siguientes categorías de documentos mercantiles:

1º.- Los que, dotados de nomen iuris, se encuentran regulados en el Código de Comercio o en leyes especiales, tales como letras de cambio, cheques, pagarés, cartas-órdenes de crédito, acciones y obligaciones, etc.

2°.- Todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y su papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial aunque carezcan de denominación conocida en Derecho.

3°.- Aquellos que se refieren a la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles.

4°.- Y , finalmente, la nota de mercantilidad se extiende también a los libros u hojas auxiliares que sirven para proporcionar los datos que han de pasar a los libros oficiales siempre que no se trate de apuntes o cuadernos para uso privado o particular de empresarios, careciendo asimismo de tal carácter mercantil la mera correspondencia aunque sea entre comerciantes.

En vista de lo anterior nuestra primera conclusión es clara: los datos almacenados en los registros del Banco, constituyen documento a los efectos del Código Penal y, concretamente, tienen la consideración de documento mercantil en cuanto que se refieren a la fase de ejecución o pendencia y/o consumación de contratos u operaciones mercantiles.

Por tanto, los datos que un Banco almacena en su ordenador de una persona acerca de unas determinadas operaciones bancarias son documentos, y ello es refrendado por la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 1991: «LOS REGISTROS INFORMÁTICOS DE UN BANCO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE DOCUMENTOS MERCANTILES»**. Además, ello está en línea con la tesis sustentada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el sentido de decantarse, sin fisuras, por el tradicional concepto extensivo de documento mercantil. **Finalmente el documento ha de poder atribuirse a una persona, tener procedencia humana, aunque no esté firmado, lo cual también se da en los supuestos a los que nos referimos.**

9.3. Tipos aplicables

Si los datos comunicados por empleados de la entidad financiera a los Registros de Morosidad implicaran una alteración de la verdad en relación a alguno de los elementos o requisitos de los datos, pues estos implican el contenido del documento digital nos encontraríamos en los supuestos tipificados en el artículo 392 CP en relación al 390 CP 1°.

También planea sobre situaciones como la que exponemos lo dispuesto en el artículo 393 CP: «el que, a sabiendas de su falsedad,... para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes».

Finalmente, al estar en presencia de una medida que implica una autotutela en el caso de que se diera una extralimitación en su uso podrían darse supuestos de aplicación del delito tipificado en el artículo 455 del CP que dispone: «El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación ... ».

Julián Timoner Giménez

Abogado especialista en Protección de Datos y Derecho al Honor