



www.uclm.es/centro/cesco

DEUDAS DE TELECOMUNICACIONES Y REGISTROS DE MOROSOS

Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos por deudas de telecomunicaciones

- Ana I. Mendoza Losana-

Anaisabel.Mendoza@uclm.es

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.

Centro de Estudios de Consumo

<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha: julio de 2011

Introducción

Se plantea consulta al Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, sobre la práctica adoptada por algunos operadores de servicios de telecomunicaciones consistente en incluir en registros de información sobre solvencia patrimonial y sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias, más conocidos como “registros de morosos” (en adelante, RM), los datos de usuarios que, no estando conformes con las facturas emitidas, han reclamado ante la Administración de Consumo (OMIC o servicios de consumo de las Comunidades Autónomas) o incluso han instado el inicio del procedimiento arbitral de consumo, habiéndose solicitado expresamente en el escrito de reclamación la no inclusión en estos registros¹.

En concreto, se cuestiona:

- a) Si el comportamiento de los operadores telefónicos es correcto y si al no serlo, independientemente de la reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), se podría plantear la denuncia ante las autoridades de Consumo;

¹ Recogiendo literalmente los términos de la consulta, en el escrito de reclamación se incluye la siguiente solicitud: “Que este escrito sea considerado como reclamación a la deuda que se le pudiera imputar al Sr. y como consecuencia de ello, hasta tanto no se resuelva, de acuerdo con el artículo 38.1 a) del R.D. 1720/2007, 21 de diciembre, no sean incluidos los datos relativos a D^o referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias en ningún fichero sobre solvencia patrimonial y crédito”.

b) Cual sería la forma de proceder ante la AEPD para la solicitud de baja en ficheros de morosos, incluido por las causas reseñadas, hasta tanto no se resuelva la reclamación del usuario.

Aprovechando el planteamiento de la consulta, mediante el formato pregunta-respuesta, este documento pretende aclarar algunas dudas relativas a la inclusión de los datos de un usuario en un registro de información sobre solvencia patrimonial. Por el objeto de la consulta y por los habituales problemas que se están planteando, nos centramos en el sector de las telecomunicaciones aunque la mayoría de las respuestas son extrapolables a cualquier otro sector.

1ª. ¿Es legal la inclusión en un RM?

Sí, el Tribunal Constitucional ha considerado que los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, si bien no existe un derecho absoluto a su reserva, y su protección no es ilimitada (STC de 26-11-1984 [RTC 1984, 110]; ATC de 23-7-1986, 642/1986 [RTC 1986, 642 AUTO]; STC de 26-4-1990 [RTC 1990, 76]). En particular, los registros de morosos, en los que se recogen datos relativos a la solvencia de las personas, son legítimos y cumplen una finalidad en el tráfico económico, tal y como afirmó el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución de 8-2-2005 [AC 2005, 184]). El problema que se plantea es cómo conciliar el interés en conocer la solvencia de las personas con una adecuada protección de los derechos de la personalidad, evitando intromisiones no justificadas.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)² regula la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, admitiendo que quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto (ej. boletines oficiales) o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento (art. 29.1 LOPD) o también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés (art. 29.2 LOPD).

Los ficheros a los que se refiere el art. 29.1 no se apartan de la regulación común que establece la LOPD, los mencionados por el art. 29.2 presentan un conjunto de especialidades, -principalmente la excepción del principio del consentimiento tanto en la recogida de los datos como en su tratamiento-, que hacen imprescindibles exigir ciertas cautelas y requisitos específicos.

2ª. ¿Qué requisitos se deben cumplir?

Los requisitos para la correcta inscripción en un RM se regulan en el propio artículo 29 de la LOPD, desarrollado por los artículos 38 a 44 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica

² BOE núm. 298, de 14-12-1999.

15/1999³ y en la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (Norma Primera, punto 1)⁴, que a pesar de la aprobación del RD 1720/2007, sigue siendo invocada en la fundamentación jurídica de las diversas resoluciones de la AEPD relativas a registros de morosos (cfr. Resolución de 24-1-2011, dictada en el procedimiento sancionador PS/00457/2010, instruido a la entidad France Telecom España S.A.)⁵.

En tres sentencias de 15 de julio de 2010 (RJ 2010, 6271; RJ 2010,6272 y RJ 2011,954), el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la nulidad de varios preceptos del RD 1720/2007. Se resuelven los recursos interpuestos, respectivamente, por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo, la Asociación Nacional de establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Experian Bureau de Crédito S.A. El Tribunal Supremo anula los artículos 11, 18, 38.1.a) inciso final, 38.2 y 123.2 y deja impregjudada la impugnación del art. 10.2.a) y b) por planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Nos centramos aquí en las dos sentencias referentes al artículo 38.1 del citado Reglamento (RJ 2010\6272 y RJ 2011\954), que después se comentarán al hilo de las respuestas dadas a las diversas cuestiones planteadas.

Tras la anulación parcial del RD 1720/2007, para la correcta inclusión de los datos en un registro de información sobre solvencia patrimonial han de cumplirse los siguientes requisitos:

1º. *Procedencia de los datos*. El consentimiento del interesado para el tratamiento de datos personales ha de constar de forma expresa (art. 6.1 LOPD). Considerando que en la mayoría de las ocasiones, la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas se produce por vía telefónica, el operador que cede los datos de un abonado a un RM tendrá ciertas dificultades para probar el otorgamiento de este consentimiento por parte del interesado⁶. La aportación por el operador del registro de llamadas realizadas desde el número del interesado no es prueba suficiente que acredite la contratación de la línea y el otorgamiento del consentimiento al tratamiento de datos personales, máxime si el interesado niega la contratación⁷. Por el contrario, la aportación de copia de un CD-ROM que contiene una conversación telefónica entre el operador y una persona que aporta los datos del denunciante y en el que se presta su conformidad a iniciar la portabilidad de números de teléfono

³ BOE núm. 17, de 19-1-2008.

⁴ BOE núm. 54, de 4-3-1995.

⁵ La jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el valor normativo de las Instrucciones dictadas por el presidente de la Agencia y su carácter vinculante, que no implica sustitución de la potestad reglamentaria del Gobierno, sino ejercicio de la tutela de la AEPD sobre la normativa sectorial (STS de 16-2-2007 [RJ 2007,739], sentencias de la Audiencia Nacional de 12-2-2008 y de 11-3-2011 [RJ 2011/103477]).

⁶ V. SAN 21 diciembre 2001.

⁷ V. Resolución de 7-11-2006, R/00810/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00070/2006, instruido por la AEPD a la entidad Telefónica Móviles.

móviles sí es un medio de prueba suficiente para justificar la relación contractual con el denunciante que habilitaría, de conformidad con el artículo 6.2 de la LOPD, al tratamiento de sus datos⁸.

Probada la emisión del consentimiento, éste sólo tiene efectos durante el tiempo que dura la relación contractual. Por ello, la desdichada práctica de facturar servicios tras la solicitud de baja y en caso de impago, incluir en el registro de morosos constituye una práctica doblemente ilegal: ni es válido el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos, ni existe una deuda cierta, vencida y exigible (cfr. requisito 2º).

- 2º. *Existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada.* Infringe la normativa sobre protección de datos (arts. 4 y 29.4 LOPD, art. 38.1,a RD 1720/2007 y Norma 1 Instrucción 1/1995) el operador que cede datos del usuario para su inclusión en RM, cuando la reclamación de pago es infundada por no haber cumplido el propio operador sus obligaciones contractuales; o cuando el usuario ha comunicado su decisión de causar baja. Se impone al responsable del tratamiento de datos, -operador cedente de datos-, un especial deber de diligencia al comprobar la exactitud y veracidad de los datos que pretende ceder. Incurrir en infracción por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) el operador que facilita datos de abonados para su inclusión en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito sin haber comprobado previamente la existencia real de la deuda (ej. inclusión en registro por falta de pago de servicios facturados tras la solicitud de baja no tramitada o por el impago de facturas anuladas por servicios no prestados).

Las dudas acerca de la existencia de la deuda impiden la incorporación de los datos al registro de morosos. No obstante, como se explica con más detalle en la respuesta a la cuestión 4ª, tras la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 por el TS, la sola presentación de una reclamación judicial, arbitral o administrativa no impide la inclusión en el RM, pero sí genera una duda razonable acerca de la certeza de la deuda y en su caso, justificará el ejercicio del derecho a la cancelación de los datos. De ahí, que la AEPD sancione a aquellos acreedores que conociendo la presentación de una demanda judicial no hayan accedido a la inmediata cancelación de los datos incluidos en un registro de morosos (resolución de la AEPD de 30-7-2010, R/01549/2010, dictada en el procedimiento sancionador PS/00721/2009, instruido a *Caixa d' Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa)*) o por el contrario, haya archivado las actuaciones iniciadas en un procedimiento sancionador en aquellos casos en los que no se ha podido probar que se había notificado al acreedor la demanda o el inicio del procedimiento administrativo ante la SETSI (resoluciones de la AEPD de 9-12-2010, expte. E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A. y

⁸ Resolución AEPD de 9-12-2010, expediente nº E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A., Telefónica Móviles España S.A



Telefónica Móviles España S.A; de 24-1-2011, R/00083/2011, archivando actuaciones contra France Telecom España).

- 3º. *Requerimiento previo de pago.* Incurre en infracción por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) el operador que facilita datos de abonados para su inclusión en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito sin haber realizado el correspondiente requerimiento de pago⁹.
- 4º. *Pertinencia, exactitud y actualidad.* Los datos incluidos en el fichero deben recoger una situación actual y cierta. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos (sobre el cómputo de este plazo v. respuesta a la cuestión 8ª).

Saldada la deuda o comprobada la inexactitud de los datos, se han de cancelar conforme al procedimiento previsto en el artículo 44 del RD 1720/2007 (v. respuesta a cuestión 8ª).

- 5º. *Comunicación al interesado.* El responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial deberá notificar a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la LOPD (art. 40 RD 1720/2007). La inclusión de una deuda en un fichero de conocimiento generalizado no está exenta del principio de consentimiento por parte de la persona cuyos datos económicos se publicitan, por lo que los datos de solvencia económica para ser lícitamente publicados, o bien provienen de registros o fuentes de acceso público o si provienen de los propios acreedores, deberán de ser comunicados al presunto deudor, quien tendrá derecho a defenderse de un posible error en esos datos. Error que le puede ser gravemente perjudicial, por razones obvias (SAP Zaragoza 22-2-2007, AC 2007/813; Madrid 13-2-2003 y 14-1-2003, JUR 2003,209160 y JUR 2003,127734). La comunicación al interesado es el instrumento tendente a garantizar la tutela de los derechos del interesado incluido en el RM.

3ª. ¿Cuándo y cómo ha de ser informado el usuario de su inclusión en un registro de morosos?

⁹ Como ejemplos, v. Sts. AN 27 octubre 2004; 1 junio 2005; 14-12-2006 (RJCA 2007, 176); 9-1-2009 (RJCA 2009,217) y resoluciones de la AEPD de 23 noviembre 2006, R/00896/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00276/2005, instruido a las entidades Cableuropa, S.A.U. y Asnef Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L y R/00900/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00084/2006, instruido a la entidad France Telecom España, S.A; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00345/2005, instruido a las entidades ASNEF EQUIFAX, Servicios de Información de Solvencia y Crédito, S.L., y a France Telecom España, S.A.

El acreedor deberá informar al deudor en dos momentos distintos, esto es, **en el momento en que se celebre el contrato** y, en todo caso, **al tiempo de efectuar el requerimiento de pago** al que se refiere el artículo 38,1,c, de que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (art. 39 RD 1720/2007)¹⁰.

Además, como ya se ha dicho, el responsable del fichero común deberá notificar a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999 (art. 40 RD 1720/2007).

Se ha de efectuar una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores¹¹.

Se establecen requisitos para garantizar que la notificación se ha llevado a cabo (art. 40 del Real Decreto 1720/2007). Así, la notificación se practicará a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que permita acreditar la efectiva realización de los envíos. En todo caso, será necesario que el responsable del fichero pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa y, si ha sido devuelta, no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado, salvo que el propio interesado haya rehusado recibirla.

¹⁰ El art. 39 fue impugnado por considerar ASNEF que el deber que impone el precepto al acreedor no está previsto en la Ley Orgánica. Afirmaba en su recurso que ni los artículos 5 y 29.2 de la Ley, ni ningún otro precepto del Texto Legislativo, imponen al acreedor la obligación de información que se contempla en el reglamento en dos momentos distintos (al celebrar el contrato y al efectuar el requerimiento). El TS considera que el art. 5.1 de la Ley sí impone implícitamente la obligación, en cuanto es el acreedor quien está en condiciones de ofrecer el derecho de información que demanda el precepto legal. A juicio del Tribunal, el art. 5.4, al expresar que «cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo ya contempla la práctica de una información con anterioridad».

¹¹ Sobre esto, ha declarado el TS: “La exigencia reglamentaria de una notificación por cada deuda concreta y determinada, lejos de ser contraria a la Ley Orgánica, constituye una puntualización necesaria que no excede de la potestad reglamentaria, ni de la previsión del artículo 11.2 de la Directiva, relativa a la no exigencia de esfuerzos desproporcionados, pues parece claro que no puede calificarse como esfuerzo desproporcionado que el interesado tenga conocimiento puntual de las deudas que se le imputan, única forma además de que pueda ejercitar su derecho a recabar la información a la que se refiere el citado artículo 29.2 de la Ley. Otra cosa es que la notificación de las deudas individualizadas, aunque sean varias, se realice en un solo acto, lo que, en una interpretación racional del artículo, no se impide” (STS 15-7-2010, RJ 2010/6271).



Si la notificación de inclusión fuera devuelta, el responsable del fichero común comprobará con la entidad acreedora que la dirección utilizada para efectuar esta notificación se corresponde con la contractualmente pactada con el cliente a efectos de comunicaciones y no procederá al tratamiento de los datos si la mencionada entidad no confirma la exactitud de este dato. No justifica la falta de notificación el carácter incompleto de los datos facilitados por quien los proporciona (ej. domicilio incompleto). Corresponde al responsable del fichero requerir la información necesaria para practicar esta comunicación (SAN 6 abril 2005 [JUR 2006,238705]).

Previa solicitud del interesado, el responsable del tratamiento deberá comunicar los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre los mismos hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado tales datos (art. 29.3 LOPD).

4ª. Reclamada una deuda, ¿es posible la inclusión en un registro de morosos?

Entre otros requisitos, el artículo 38.1,a del RD 1720/2007, en su redacción original, exigía la “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*”, estableciendo además que “*no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores*”, de modo que “*tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero*”. Impugnado el reglamento por varias entidades, en sendas sentencias de 15 de julio de 2010 (RJ 2010\6272 y RJ 2011\954), **el Tribunal Supremo se pronuncia sobre este precepto, anulando la parte relativa a la presentación de una reclamación, -escrita en cursiva-, por falta de concreción.**

Entiende el TS que es exigible “una mayor concreción en el precepto reglamentario que pondere los intereses en presencia en atención a las circunstancias concretas” y por ello, se “justifica la estimación de la impugnación del artículo 38.1 .a) en el sentido de eliminar del mismo la frase ‘... 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’” .

Con todo, la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 no significa que el TS acepte sin ambages la inclusión en un registro de morosos de una deuda de dudosa existencia.

El TS es consciente de que se pueden producir efectos no deseados tanto si se acepta que los datos relativos a la deuda reclamada por vía administrativa, arbitral o judicial

pueden incluirse en un registro de morosos como si se opta por la opción contraria. En el primer caso se establece una presunción *iures et de iure* de certeza de la deuda a favor del acreedor y en el segundo a favor del deudor. Ni lo uno ni lo otro se compagina bien con la exigencia de veracidad de la deuda derivada de los artículos 4.3 y 29.4 de la LOPD.

El problema es que la calificación de una deuda como cierta o exigible no siempre es sencilla, ya que en el desenvolvimiento de la relación negocial pueden darse situaciones que permitan cuestionar tales extremos (ej. interpretación de cláusulas contractuales relativas a la aplicación de cláusulas de penalización), por lo que en aquellos casos en los que le conste a la parte acreedora la oposición del deudor y se trate de una alegación que presente cierta solidez, no parece justificada la inclusión en el RM.

Admitir que la presentación de una reclamación, incluso judicial, no impide la inclusión en el registro de morosos representa una clara amenaza al derecho a la tutela judicial efectiva, que el TS no puede amparar. Tal interpretación supone aceptar que pueden ser incluidos datos sobre una deuda de dudosa existencia y que por ende, se atribuye al acreedor un medio exorbitante para exigir el pago anticipado a la resolución final del conflicto¹², pudiendo ocasionar daños, a veces irreparables al deudor, en la medida en la que la inclusión de datos erróneos en los registros de referencia lesiona el honor (v. por todas STS de 24-4-2009, RJ 2009/3166); significa también presumir la veracidad de las facturas emitidas por el acreedor, documento privado creado unilateralmente por éste y ante el que el deudor sólo puede defenderse a través de la reclamación (SAP Madrid de 14-1-2003, JUR 2003/127734). Resulta muy ilustrativa en este sentido la sentencia de la AP de Zaragoza núm. 114/2007 de 22 febrero de 2007 (AC 2007\813), que, dictada antes de la aprobación y, obviamente, posterior anulación del RD 1720/2007, se pronuncia en los siguientes términos: “el Banco, lejos de obrar con la diligencia exigible en estos casos a un profesional del tráfico jurídico mercantil, comprobando la fundada reclamación de la clienta (que alegaba) que no había autorizado la operación de la que resultaba el cargo reclamado, reteniendo la reclamación del cargo hasta la finalización de las pesquisas, continuó reclamándolo, cargando intereses de demora, requiriéndola de pago a través de los servicios jurídicos e incluyéndola en dos registros de morosos, lo que pone de manifiesto no sólo una actuación desconsiderada y no exenta de cierta prepotencia hacia la clientela sino el incumplimiento de varios aspectos de la Instrucción número 1/1.995 de la Agencia de Protección de Datos, dictada en aplicación de las atribuciones que le otorga el artículo 36 de la L.O. 5/1.992, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que exige que la inclusión de datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de

¹² En palabras de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 20 de abril de 2006 "... aquel que utiliza un medio extraordinario de cobro como es el de la anotación de la deuda en un registro de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (exactitud el dato) y formales (requerimiento previo) que permitan el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar esta exigencia supondría, por lo contrario, utilizar este medio de presión al recurrente sin el suficiente aseguramiento de las mínimas garantías para los titulares de los datos que son anotados en los registros de morosos."

obligaciones dinerarias, a los que se refiere el artículo 28 [actual art. 29 LOPD] , la existencia previa de una deuda cierta, líquida y exigible, que haya resultado impagada, normativa que también dispone que no puedan incluirse datos sobre los que existe un principio de prueba documental que aparentemente contradiga los requisitos anteriores, debiendo el acreedor asegurarse de que concurran todos los requisitos anteriormente mencionados en el momento de notificar los datos al fichero”.

Para comprender bien el alcance de la doctrina del TS es preciso reparar en que el motivo de nulidad invocado no es tanto de fondo como de forma. Se reprocha al precepto reglamentario su falta de concreción y por ello, se declara nulo lo cual no significa en modo alguno que el TS admita la inclusión de datos en un registro de morosos de una deuda de cuestionada existencia y obviamente, esto ocurre cuando se ha presentado una reclamación. La falta de concreción da lugar a la nulidad del precepto por la inseguridad jurídica que genera desde el punto de vista sancionador. En su redacción original, el artículo 38.1.a) suponía que tanto el acreedor como el responsable del fichero podrían ser sancionados por incluir datos en el registro de morosos habiéndose presentado cualquier tipo de reclamación contra la deuda. Sin embargo, **una cosa es la exigencia de seguridad derivada del Derecho sancionador y otra la exigencia de veracidad de la deuda derivada de la LOPD. Sin perjuicio de la anulación parcial del artículo 38.1.a) del RD 1720/2007, la diligencia exigible a un profesional del tráfico jurídico mercantil obligará al operador reclamado a comprobar lo fundado de la reclamación.** Así, no cometerá infracción el acreedor que cede datos sobre una deuda por el solo hecho de existir una reclamación, pero sí podrá ser sancionado por ceder datos erróneos o no veraces por responder a deudas no ciertas, si la resolución final considera inexistente la deuda y en cualquier caso, **el usuario reclamante tendrá derecho a exigir la cancelación de los datos por incumplir los requisitos de veracidad** exigidos por el artículo 4 de la LOPD, por la parte no anulada del art. 38.1,a del RD 1720/2007 y por la Norma primera de la Instrucción 1/1995. La AEPD se ha pronunciado con meridiana claridad al respecto (cfr. resoluciones R/00226/2011, de 11-2-21011, dictada en el procedimiento sancionador PS/00449/2010, instruido a la entidad Telefónica Móviles España y R/00340/2011, de 4-3-2011, de archivo de expediente sancionador abierto contra France Telecom).

Por la relevancia de su contenido en relación a la consulta planteada, se recoge literalmente parte de la resolución de 11-2-2011, en la que se sanciona a Telefónica Móviles por incluir y mantener en el fichero de ASNEF los datos de un usuario que había solicitado y comunicado mediante burofax el inicio del arbitraje de consumo en relación a una factura en la que se incluye un cargo por incumplimiento de cláusula de permanencia. Refiriéndose a la STS de 15 de julio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 23/2008, la AEPD afirma que de su tenor literal “se evidencia, por una parte, que **es la inconcreción de que adolece la redacción del último inciso del artículo 38.1.a) del R.D. 1720/2007 lo que justifica su anulación** y por otra, que **el Tribunal estima ajustada a Derecho la exigencia del artículo 38.1.a) del RLOPD de que la deuda sea ‘cierta’**, adjetivo que es sinónimo de irrefutable e indiscutible y que es consecuencia del principio de veracidad y exactitud que



consagra el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999. Así las cosas, de acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial, la mera impugnación de la deuda no supone *per se* un impedimento para la inclusión de la misma en los ficheros de solvencia, como ocurre en los casos en los que la impugnación no cuestiona la existencia o certeza de la deuda o cuando la impugnación no impide que pueda hablarse de una deuda cierta hasta que recaiga resolución firme, por carecer el órgano ante el que se interpone de competencia para declarar la existencia o inexistencia de la deuda a través de resoluciones de obligado cumplimiento para las partes. Por tanto **cabe concluir que la impugnación de una deuda cuestionando su existencia o certeza ante órganos administrativos, arbitrales o judiciales, competentes para declarar la existencia o inexistencia de la misma a través de resoluciones de obligado cumplimiento para las partes, impedirá que pueda hablarse de una deuda cierta hasta que recaiga resolución firme; y por tanto, impedirá igualmente la inclusión de la misma en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito**”.

En resumen, **la presentación de una reclamación no impide *per se* la inclusión en el RM, pero sí permite cuestionar la certeza de la deuda y por ello ejercer el derecho a la cancelación del dato. Sin perjuicio de la nulidad parcial del artículo 38.1.a del RD 1720/2007 admitida por el TS, el principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) y la diligencia mínima exigible a cualquier responsable de un fichero o de un tratamiento de datos obligan a éste a no incluir en el fichero los datos sobre una deuda reclamada.** En caso de que no se proceda a la cancelación del dato relativo a la deuda reclamada y la resolución final de la reclamación niegue la existencia de dicha deuda, la resolución tendrá eficacia declarativa *ex tunc*, es decir, los datos fueron erróneos desde su inclusión y por ello, se vulnera el principio de calidad de los datos del artículo 4.3 de la LOPD en relación con su artículo 29.4 y con el artículo 38.1 del Reglamento de desarrollo de la misma. Correlativamente, cabe la sanción y la exigencia de responsabilidad por los daños causados. De ahí, que la AEPD sancione a aquellos acreedores que conociendo la presentación de una demanda judicial no hayan accedido a la inmediata cancelación de los datos incluidos en un registro de morosos (resolución de la AEPD de 30-7-2010, R/01549/2010, contra la Caixa) o por el contrario, haya archivado las actuaciones iniciadas en un procedimiento sancionador en aquellos casos en los que no se ha podido probar que se había notificado al acreedor la demanda o el inicio del procedimiento administrativo ante la SETSI (resoluciones de la AEPD de 9-12-2010, expte. E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A. y Telefónica Móviles España S.A.; R/00083/2011, de 24-1-2011, archivando actuaciones contra France Telecom España).

En este sentido, lo dicho por la AEPD en relación a las entidades bancarias es perfectamente aplicable a cualquier otra empresa de prestación de servicios acostumbrada al tratamiento de datos personales. En su resolución de 30-7-2010, R/01549/2010, contra la Caixa se hace eco de la jurisprudencia de la AN afirmando que “Ha de decirse que la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que

se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar. En razón a ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan, ..." (FD 4º Sentencia AN dictada el 16/02/2002, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, número de recurso 1144/1999). Además, "las entidades bancarias acostumbradas al manejo de datos, deben ser escrupulosas en el cumplimiento de la normativa de protección de datos, máxime a la hora de ceder los datos a un fichero común, pues se trata de un mecanismo excepcional que la LOPD le otorga, asegurándose la inclusión y/o la baja del fichero cuando la exigibilidad se ponga en duda como en este caso mediante la imputación de los empleados de la Caixa en el proceso penal ...".

Por consiguiente, la cuestión a responder no es tanto si la reclamación impide el ingreso en el RM, sino más bien ¿qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda "cierta" y por tanto, impiden la inclusión en el RM o precipitan la cancelación del dato ya incluido?

5ª. ¿Qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda "cierta" y por tanto, impiden la inclusión en el registro de morosos o precipitan la cancelación del dato ya incluido?

Como se ha dicho, la sola presentación de una reclamación no impide el ingreso en el RM.

De *lege ferenda*, el reglamento de desarrollo de la LOPD debería concretar qué reclamaciones justifican la no inclusión en el RM o en su caso, la expulsión cautelar. En el escenario surgido tras la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007, para que la inclusión de datos en el RM constituya infracción administrativa sancionable es **necesario que la reclamación que pone en entredicho la certeza de la deuda se presente ante un órgano competente para resolver sobre la cuestión de fondo con carácter vinculante; que la presentación de la reclamación sea notificada al acreedor y que la reclamación verse sobre la existencia de la deuda (no sobre la cuantía)**. En particular, concurren estas circunstancias en los siguientes supuestos:

- a) Cuando **el deudor ha presentado una reclamación judicial o arbitral** y ésta ha sido notificada al acreedor. Si la demanda ha sido presentada por el acreedor, salvo prueba en contrario, ha de admitirse que la deuda es cierta.

Por otra parte, si la demanda judicial o arbitral no ha sido notificada al acreedor, no se le puede reprochar incluir datos sobre los que existe una duda razonable de certeza.

En cualquier caso, es preciso que el órgano ante el que se presenta la reclamación sea competente para resolver. No impide la incorporación de los datos a un RM la solicitud de arbitraje de consumo, cuando el usuario reclamante es titular de un "contrato-empresa" que queda fuera de las competencias de la junta arbitral (Resolución AEPD, R/00340/2011, de 4-3-

2011, en el procedimiento sancionador PS/00479/2010, instruido a la entidad *France Telecom España, S.A.*);

- b) Cuando **el deudor ha presentado reclamación administrativa análoga a la reclamación judicial o arbitral**, entendiéndose por tal aquella en la que el órgano administrativo tiene competencia para resolver mediante acto administrativo vinculante para ambas partes sobre la existencia o inexistencia de la deuda, así como para ejecutar la resolución final (ej. procedimiento ante la SETSI o ante la consejería competente en materia de energía).

Por el contrario, según tiene declarado la AEPD, no tendrán este efecto las reclamaciones administrativas en las que el órgano administrativo se limita a mediar entre las partes para que de mutuo acuerdo resuelvan el conflicto (ej. reclamación ante los comisionados de defensa del cliente de servicios financieros). Así, la reclamación ante la OMIC o ante los servicios de consumo de las CCAA no sirve para generar incertidumbre sobre la existencia de la deuda, ya que el órgano que conoce la reclamación se limita a mediar entre las partes y no a resolver sobre el fondo del asunto. En otros términos, **la reclamación ante la OMIC o ante los servicios de consumo no impide la inclusión en el registro de morosos cuyas atribuciones se circunscriben a la mediación entre las partes** (Resolución de 9-12-2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A., Telefónica Móviles España S.A).

Reclamada la deuda ante la OMIC, el operador podrá ceder los datos del deudor al RM, de modo que la sola presentación de la reclamación no es suficiente para exigir la cancelación del dato, pero si fracasada la mediación de consumo, el usuario inicia el procedimiento ante la SETSI, entonces podrá exigir la cancelación del dato. En mi opinión, esta solución, derivada de la jurisprudencia del TS y aplicada por la AEPD en algunas de sus resoluciones, supone una denostación injustificada de los procedimientos de resolución amistosa de conflictos que en el ámbito del consumo se pretenden fomentar y da cierta cobertura a algunas prácticas fraudulentas especialmente habituales en el sector de las telecomunicaciones (facturas emitidas tras la solicitud no atendida de baja, facturación de servicios no contratados o de cláusulas de penalización improcedentes...).

Con todo, adviértase que aunque la sola presentación de la reclamación (ej. ante la OMIC) no impide la inclusión de los datos en el RM, si posteriormente se acredita la falta de veracidad de la deuda (ej. el operador reconoce que hubo un “error informático” o “de gestión” o un alta indebida), el operador podrá ser sancionado por incluir en el fichero de morosos datos inexactos y será responsable de los daños ocasionados al usuario por la inclusión de datos erróneos.

En el contexto surgido tras la declaración de nulidad del artículo 38.1, a) del RD 1720/2007, ya que la sola presentación de la reclamación, -incluso judicial-, no

justifica *per se* la exclusión del registro de morosos, **se impone al deudor reclamante la carga de ejercer su derecho a la cancelación de los datos por el procedimiento previsto en la normativa de protección de datos alegando la falta de veracidad de la deuda e incluso solicitar como medida cautelar o provisional la no inclusión de los datos en un registro de morosos o en caso de que ya hayan sido incluidos, la expulsión cautelar**¹³. Naturalmente, esto supone dilatar los procesos e incrementar la carga de trabajo de estos órganos ya sobrecargados.

6ª. ¿Qué documentos impiden la inclusión en el registro de morosos?

En su redacción original, el artículo 38.2 del RD 1720/2007 prohibía incluir en los ficheros de morosos datos personales sobre los que exista “un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos” exigidos por el artículo 38.1, de modo que “tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”. El precepto fue anulado por el TS en su sentencia de 15 de julio de 2010 (RJ 2010/6272), argumentando que “la norma, sin duda, quiere responder al principio de calidad de datos, y no tipifica ‘ex novo’ ninguna infracción. Lo que hace es trasladar la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 38.1 al encargado del tratamiento, pero ha de reconocerse que lo hace en términos tales que origina una gran inseguridad jurídica que puede dar lugar a la apertura de expedientes sancionadores. Por ello ha de concluirse que no es conforme a derecho. Ciertamente es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse”.

Obsérvese que lo que el TS reprocha al precepto reglamentario es la inseguridad jurídica que genera al permitir sancionar a aquel responsable de fichero o encargado del tratamiento de los datos que incluye el dato en un registro de morosos o no lo excluye cautelarmente existiendo cualquier indicio que ponga en cuestión el cumplimiento de los requisitos exigidos. El motivo de nulidad es la falta de concreción al no determinar qué prueba (documental, pericial, testifical...) permite cuestionar la concurrencia de los requisitos del artículo 38.1.

La Norma primera de la Instrucción APD 1/1995 prevé que no podrán incluirse en los ficheros de información sobre solvencia patrimonial datos personales sobre los que exista un ***principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de***

¹³ Adviértase que el órgano administrativo que resuelve la reclamación puede adoptar de oficio medidas provisionales para garantizar la eficacia de la resolución final (art. 72 Ley 30/1992), sin embargo la práctica de la resolución de reclamaciones muestra la conveniencia de que sea el propio interesado quien lo solicite.

los requisitos exigidos. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero. Como se ha dicho, el precepto reglamentario resulta anulado por la generalidad con la que admite la prueba de indicios y por ende por la generalidad con la que tipifica la infracción sancionable. No incurre en esta generalidad la Norma primera de la Instrucción de referencia que concreta su exigencia a la prueba documental. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.

El justificante de la solicitud de baja (voluntaria o por incumplimiento) comunicada al operador ha de servir para impedir el ingreso de los datos en el registro de morosos o en su caso, para exigir la salida cautelar del mismo. A pesar de que es un deber que raramente se cumple, el operador está obligado a facilitar justificante de la solicitud de baja (arts. 7 y 26.2 RD 899/2009 y 11 Orden ITC/1030/2007) y en su defecto, el usuario podrá acreditar ésta mediante la presentación del justificante del envío de correo certificado con acuse de recibo o reporte de actividad de fax, burofax...etc. La presentación de esta prueba impide la inclusión en un registro de morosos y en su caso, obliga a la desaparición cautelar del dato del registro, si ya se hubiera incluido.

Del mismo modo, el justificante de la presentación y notificación al acreedor de una reclamación judicial, arbitral o administrativa, entendiéndose por tal la presentada ante un órgano administrativo con competencias para resolver sobre el contenido de la reclamación (SETSI o consejería competente en materia de energía), constituirá un principio de prueba documental que impide la inclusión en el registro de morosos u obliga a la expulsión del dato ya incluido hasta la resolución de la reclamación.

7ª. Discutida la cuantía de una deuda, ¿está justificada la inclusión de los datos en un RM?

Según tiene declarado la jurisprudencia, las reclamaciones relativas a la cuantía de la deuda justifican la rectificación del dato pero no su cancelación y por ello, la inclusión en el RM no constituye una infracción ni del artículo 29.1, ni del artículo 38.1,a del RD 1720/2007, ni correlativamente de la norma primera de la Instrucción 1/1995 (resoluciones de la AEPD R/01329/2010, de 10-6-2010, dictada en el procedimiento sancionador PS/00702/2009, a la entidad *Telefónica Móviles España S.A*; R/00083/2011, de 24-1-2011, archivando actuaciones contra *France Telecom España*¹⁴;

¹⁴ El supuesto resuelto en esta resolución es muy habitual. La denunciante presentó ante la OMIC, en fecha 29/12//2009 reclamación, que fue trasladada por el citado organismo a la entidad denunciada; informando ésta que revisada la facturación correspondiente al teléfono en cuestión no se había detectado incidencia alguna. La OMIC informó a la denunciante que si deseaba continuar con la reclamación debía continuar su tramitación por el procedimiento arbitral o bien acudir ante la SETSI. La denunciante presentó ante la SETSI en fecha 08/04/2009, reclamación sobre telefonía móvil contra FRANCE TELECOM por disconformidad con la facturación remitida, reclamación que fue remitida a la entidad denunciada. Por otra parte, FRANCE TELECOM informó los datos de la denunciante, tanto al fichero BADEXCUG como al fichero ASNEF.

Sin perjuicio de esta exposición de hechos, entiende la AEPD que lo cierto es que la controversia suscitada entre las partes tuvo su origen en las facturas emitidas por consumo en llamadas, consumo en mensajes, consumo en servicio de datos/Internet, consumo en servicios especiales y otros cargos que la

R/00335/2011, de 28-2-2011, que archiva el procedimiento sancionador iniciado contra Xfera; SAN de 8-7-2010 [RJCA 2010,576] y STS de 24/02/2009 [RJ 2009,1250], entre otras¹⁵).

8ª. ¿Cuánto tiempo pueden permanecer los datos en un RM?

Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos. Transcurridos seis años, los datos que puedan influir negativamente en el crédito del afectado o simplemente se refieran a su morosidad deben desaparecer del fichero¹⁶. Este plazo habrá de computarse conforme a lo establecido en el artículo 38.4 del RD 1720/2007, que sitúa el inicio del cómputo de los seis años “desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico”¹⁷. En el mismo sentido, el artículo 41 del RD 1720/2007 que salvo pago de la deuda, exige la cancelación de los datos cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico. Se admite,

denunciante afirma no haber realizado y que según manifestó “no solo han engordado la factura sino que se ha cobrado mensajes, Internet y servicios especiales que no corresponden, a la que se le han añadido otros cargos”. Por ello, “a la luz del criterio jurisprudencial mantenido en la Sentencia del T.S. de 24 de febrero de 2009 ..., debe entenderse **que la discrepancia que versa sobre la cuantía de la deuda no afecta a su certeza**, de modo que, en el presente caso, toda vez que las diferencias entre la denunciante y denunciada aluden a los importes facturados, con los que la primera se muestra en desacuerdo, la deuda en cuestión cumplía el requisito de “certeza” que exige el artículo 4 de la LOPD.

Por ello debe concluirse que la comunicación de los datos de la denunciante a un fichero de solvencia patrimonial y crédito asociados a la deuda que la entidad reclama, se ajustó a los requisitos exigidos en la LOPD y su normativa de desarrollo”, por lo que se estima que la conducta de FRANCE TELECOM que es objeto de valoración “no puede subsumirse en el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal”.

¹⁵ La STS, fundamento de todos los pronunciamientos de la AEPD citados, se expresa en los siguientes términos: “es preciso tener presente que los recurrentes no niegan que, cuando se produjo la segunda inclusión de datos en los ficheros de solvencia patrimonial, existía una deuda pendiente por los intereses. Sólo discuten que su cuantía no era de 2.870,87 euros, como quedaba reflejado en los mencionados ficheros, sino sólo de 218,89 euros. Pues bien, así las cosas, no ha habido vulneración alguna del art. 29 LOPD ni de la norma primera de la Instrucción 1/1995, ya que existía efectivamente una deuda que podía ser determinante “para enjuiciar la solvencia económica de los interesados”, como exige el primero de dichos preceptos. Y en cuanto a la inexactitud de la cuantía de la deuda reflejada en los ficheros, habría podido ciertamente servir de base para reclamar su rectificación, pero no para sostener la ilegalidad de la inclusión misma en los ficheros del dato referente a la deuda pendiente por intereses. No hay tampoco, así, vulneración del art. 4 LOPD”.

¹⁶ V. por todas SAN de 3 de marzo de 2000.

¹⁷ El precepto reglamentario introduce alguna novedad en relación al método de cómputo previsto en la *NORMA TERCERA de la Instrucción 1/1995. Cómputo del plazo de seis años que establece [...] la Ley Orgánica*: El cómputo del plazo a que se refiere [...] la Ley Orgánica se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico.

por tanto, la inscripción en el fichero de tantos asientos como vencimientos periódicos existan (STS 15-7-2010, RJ 2010\6272).

Hay que señalar que este plazo único de seis años es independiente del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda. De modo que la fijación de un único plazo de seis años desde el momento de vencimiento de la obligación puede impedir el acceso a los ficheros de datos de solvencia patrimonial de deudas que aún no han prescrito y que todavía pueden ser reclamadas (aunque el acreedor no se haya molestado en exigir su cumplimiento)¹⁸.

9ª. ¿Qué hacer si un usuario constata la inclusión improcedente de datos en un registro de morosos?

Como cualquier titular de datos personales, el usuario cuyos datos han sido incluidos en un registro de morosos tiene el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición, cuyo ejercicio se regula con carácter general en los capítulos I a IV del Título III del RD 1720/2007 con las particularidades previstas en el artículo 44 del RD 1720/2007. En concreto, **el titular cuyos datos han sido incluidos en un RM de forma improcedente o aquel que observa que la cuantía de la deuda sobrepasa la cantidad realmente adeudada tiene derecho a exigir la cancelación del dato o su rectificación, respectivamente.**

Estos derechos son de carácter personalísimo por lo que han de ejercerse por el titular o su representante, acreditando la representación. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de ninguno de ellos sea requisito previo para el ejercicio de otro. En cualquier caso, el procedimiento habilitado para ejercer tales derechos ha de ser “sencillo y gratuito” (art. 24.2 y 3 RD 1720/2007). A este respecto, el RD excluye expresamente la exigencia de medios que supongan un coste excesivo para el usuario como el envío de cartas certificadas o semejantes o la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado (art. 24.3.II).

Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de atención al público o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, podrá concederse la posibilidad al afectado de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de dichos servicios de atención al cliente.

El usuario ejercerá este derecho mediante solicitud dirigida al responsable del fichero, en este caso al responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial.

¹⁸ Sobre la independencia de ambos plazos v. PARRA LUCÁN, M.A., “Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2011 (BIB 2011,53).



La solicitud deberá contener los siguientes elementos (art. 25.1 RD 1720/2007): a) Nombre y apellidos del interesado y documentación que acredite su identidad o en su caso, la relación de representación con el titular de los datos; b) Petición en que se concreta la solicitud; c) Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante; d) Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso.

El responsable del fichero o tratamiento deberá responder la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición ejercida por el afectado aún cuando el mismo no hubiese utilizado el procedimiento establecido específicamente al efecto, siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud, y que ésta contenga los elementos referidos en el párrafo 1 del artículo 25 del RD 1720/2007. El deber de respuesta se impone incluso aunque en el fichero no figuren datos del solicitante.

En particular, cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un RM, se tendrán en cuenta las siguientes reglas (art. 44 RD 1720/2007):

1ª Si la solicitud se dirige al titular del fichero común, éste tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos (en los supuestos aquí contemplados, operador), para que ésta la resuelva. En el caso de que el responsable del fichero común no haya recibido contestación por parte del operador en el plazo de siete días, procederá a la rectificación o cancelación cautelar de los datos¹⁹. El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de rectificación o cancelación en el plazo máximo de diez días desde la recepción de la solicitud.

2ª Si la solicitud se dirige a quien haya facilitado los datos al fichero común procederá a la rectificación o cancelación de los mismos en sus ficheros y a notificarlo al titular del fichero común en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud, dando asimismo respuesta al interesado en los términos previstos en el artículo 32 del Reglamento.

3ª Si la solicitud se dirige a otra entidad participante en el sistema, que no hubiera facilitado al fichero común los datos, dicha entidad informará al afectado sobre este

¹⁹ Esta regla primera del art. 44.3 fue impugnada ante el Tribunal Supremo por prever un plazo de siete días. Argumentaba la recurrente que tal plazo es contrario al artículo 16.1 de la Ley Orgánica, que establece que el responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. El Tribunal Supremo, resuelve que “debe rechazarse la impugnación, pues la recurrente de manera errónea identifica o equipara el plazo de diez que el citado artículo 16.1 del Texto Legislativo prevé para que el responsable del tratamiento haga efectivo el derecho de rectificación o cancelación, con el de siete días que la disposición reglamentaria contempla como máximo para que el cesionario de los datos dé contestación a la solicitud de rectificación o cancelación, y cuyo incumplimiento origina el deber por parte del responsable del fichero común de proceder cautelarmente. Aunque con una redacción mejorable, el precepto reglamentario, precisamente en atención al plazo legal de diez días, establece el de siete para que aquel a quien se le facilitaron los datos proceda a dar respuesta al requerimiento de rectificación o cancelación, plazo este último acorde para que pueda darse cumplimiento al de diez días exigido al responsable del fichero común” (STS 15-7-2010, RJ 2010, 6271).



hecho en el plazo máximo de diez días desde la recepción de la solicitud, proporcionándole, además, la identidad y dirección del titular del fichero común para, que en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

Tanto la solicitud de rectificación como la de cancelación deberá indicar a qué datos se refiere y la corrección o cancelación que haya de realizarse y se acompañará de la documentación justificativa de lo solicitado.

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

Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD. Esto es, no atendida la solicitud de cancelación o rectificación, el usuario podrá dirigir una reclamación a la AEPD, que debe dictar la resolución expresa de tutela de derechos en un plazo máximo de seis meses. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.

10ª. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la inclusión indebida en un RM?

Como se ha dicho, el primer mecanismo de reacción a activar por el interesado es el procedimiento para la cancelación o en su caso rectificación de los datos, expuesto en la respuesta a la cuestión anterior. En caso de falta de respuesta o respuesta insatisfactoria, el interesado podrá reclamar ante la AEPD la tutela de sus derechos.

Sin perjuicio de la tutela de derechos por la AEPD (orden de cancelación o rectificación del dato indebidamente incluido en el RM), el incumplimiento de cualquiera de los requisitos expuestos constituye una infracción administrativa. La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes o la falta de comunicación tras el registro constituyen infracciones por vulneración del principio de calidad de los datos [art. 44.3,c) y f) LOPD, respectivamente en redacción dada por art. 56.3 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible], sancionables por la AEPD con multas de 40.001 a 300.000 euros (art. 45.2 LOPD en redacción dada por DF 56.3 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible).

En aquellos casos en los que la deuda que origina la inclusión en el registro de morosos trae causa en la contratación de servicios sin el consentimiento del interesado (supuestos de *slamming*), el operador incurre en doble infracción, vulnerando el art. 6.1 LOPD que exige el consentimiento expreso del interesado a todo tratamiento de sus datos personales y el art. 4.3 LOPD que proclama el principio de calidad de los datos²⁰.

²⁰ V. Resolución APD de 7-11-2006, R/00810/2006, Telefónica Móviles.

Naturalmente, la inclusión indebida en un RM puede dar lugar a la obligación de indemnizar los daños ocasionados bien en aplicación del artículo 1902 del Código Civil o bien por vulneración del derecho al honor o a la intimidad personal y familiar. En la mayoría de las ocasiones, los daños serán de carácter moral por el descrédito social que supone la inclusión en el RM o por la intromisión ilícita en la intimidad de la persona al dar a conocer datos inexactos que afectan a su solvencia económica²¹. No obstante, también cabe exigir indemnización por daños patrimoniales (ej. denegación de un crédito).

Los eventuales daños sufridos por el usuario derivados de la inclusión indebida en un registro de morosos habrán de ser liquidados en vía judicial o arbitral (art. 19 LOPD). De acuerdo con la doctrina general de responsabilidad por daños, el simple incumplimiento de alguno de los deberes previstos en la normativa de protección de datos no es suficiente para hacer nacer la obligación de resarcir los daños porque es preciso acreditar la existencia real de los mismos. La infracción de los deberes impuestos al acreedor o al responsable del fichero sólo dará lugar a la obligación de indemnizar si se prueban los daños ocasionados. Ahora bien, la existencia de perjuicios se presume siempre que se produzca una intromisión ilegítima en los derechos al honor o la intimidad del afectado, lo que ocurre si los datos son falsos, independientemente de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas (STS 24-4-2009 [RJ 2009, 3166]).

11ª. ¿Qué puede hacer la Administración de Consumo ante la inclusión indebida de un usuario en un RM?

Se consultaba al CESCO si el comportamiento de los operadores telefónicos es correcto, y si al no serlo, independientemente de la reclamación ante la AEPD, se podría plantear la denuncia ante las autoridades de Consumo.

Ante la vulneración de la normativa específica de protección de datos personales, dada la existencia de un organismo especialmente encargado de salvaguardar el cumplimiento de esta normativa y la articulación de procedimientos específicos para exigir la tutela de los derechos vulnerados, la denuncia se ha de presentar ante la AEPD (arts. 18 LOPD y 117 a 119 de RD 1720/2007) y no ante la Administración de Consumo. Si la denuncia llega a la Administración de consumo, ésta deberá poner los hechos en conocimiento de la Agencia.

12ª. ¿Quién puede consultar un fichero de morosos?

De conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de la LOPD, podrán tratarse los 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. Estos datos deberán conservarse en ficheros creados con la exclusiva finalidad de facilitar

²¹ Abundante casuística sobre esta cuestión se recoge en el artículo ya citado de M^a Ángeles Parra Lucán, "Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos".



www.uclm.es/centro/cesco

información crediticia del afectado. Los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia en los siguientes supuestos (art. 42 RD 1720/2007):

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