

FICHEROS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO

Nuria Cuadrado Gamarra

Doctora en Derecho y Magíster en Informática y Derecho
por la Universidad Complutense de Madrid.
Profesora Asociada de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SITUACIÓN ACTUAL. 3. PARTICULARIDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS FICHEROS COMUNES DE CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS. 4. PARTICULARIDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS FICHEROS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO. 5. RECOMENDACIONES. DOCUMENTO SOBRE LAS LISTAS NEGRAS DEL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE. 6. BIBLIOGRAFÍA.-

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática generada en torno al tratamiento de datos personales con carácter comercial en España. En particular, se trata con profundidad el marco regulador de los ficheros de solvencia patrimonial y los ficheros de cumplimiento de obligaciones dinerarias. Asimismo, la autora da cuenta de cuál ha sido la interpretación de dichas normas por los tribunales y agencias fiscalizadoras entre otros.

ABSTRACT

This paper explains the juridical problems related with data treatment of commercial database systems in Spain. Particularly, it analyzes the Data Protection Law which regulates solvency and debts archives. In addition, the author indicates its interpretation by tribunals and supervision agencies among others.

PALABRAS CLAVES

Protección de datos personales (España); Privacidad; Base de datos; Datos comerciales; Ficheros de Solvencia; Ficheros de obligaciones dinerarias; Ley Orgánica 15/1999; Directiva 95/46/CE; Agencia de Protección de Datos; Jurisprudencia.

KEY WORDS

Data Protection Law (Spain); Privacy; Databases; Commercial Database Systems; Solvency archives; Debts archives; Organic Act 15/1999; Directive 95/46/CE, Data Protection Agency; Case Law.

1.- INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a abordar la problemática generada en torno a este tipo de ficheros y su actual regulación en España. La finalidad principal de los mismos sería contribuir a la salvaguarda del sistema financiero y de la economía en general, al permitir a las entidades financieras conocer la solvencia de sus clientes o potenciales, quiénes de estos están incursos en morosidad, por qué cuantía, y proporcionar igual conocimiento a las empresas, sobre todo a las pequeñas y medianas, a las que una situación de incumplimiento de sus clientes pudiera ocasionarles un grave quebranto económico. Su función informativa se circunscribe tanto en el crédito al consumo como en los sectores empresariales que concentran su información sobre la morosidad en el sector en un fichero común.

La Directiva Comunitaria 95/46/CE¹ regula expresamente este tipo de ficheros, pero deja que su viabilidad la establezcan las legislaciones internas de los Estados miembros. En España, los ficheros para la "prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito" tienen su regulación específica en el artículo 29 de la LOPD², lo que supone que, en lo no especialmente regulado en dicho precepto, se regirán por la normativa general que establece para los ficheros de titularidad privada la propia LOPD, especialmente en cuanto a los principios de protección de datos y derechos que se establecen para los ciudadanos.

Este artículo establece una serie de limitaciones con objeto de garantizar los derechos de los afectados, puesto que la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial y crédito supone una importante restricción de sus posibilidades futuras de acceso a créditos. Y ello se debe a que en este tipo de ficheros quiebra el principio general de la Ley, consagrado en sus artículos 6 y 11, que exige el consentimiento del afectado para el tratamiento y la cesión de sus datos personales.

Según criterio de la Agencia de Protección de Datos (en adelante, APD), en relación a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (artículo 29 de la LOPD y Normas 1ª, 2ª y 3ª de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la APD, relativa a Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito), deben distinguirse dos supuestos claramente diferenciados de información:

1.- Ficheros de solvencia: Contienen información sobre solvencia patrimonial y crédito de carácter positivo, es decir, que hace referencia a las posibilidades económicas y financieras de una persona física. En este sentido, el apartado primero del artículo 29 anuncia que sólo podrán obtenerse los datos personales de los siguientes ficheros:

- registros,
- fuentes accesibles al público,
- informaciones facilitadas por el afectado, y
- cesiones consentidas por el afectado.

¹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOCE L núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

2.- Ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias: Se trata de ficheros cuya finalidad es el almacenamiento de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. En estos casos, sólo podrán obtenerse los datos personales de esta clase de ficheros del acreedor, o de quien actúe por su cuenta o interés.

A esta segunda clase de ficheros les es aplicable en su totalidad la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. En este supuesto nos encontramos ante dos ficheros diferentes: de un lado, el fichero del acreedor, del que provienen los datos, y de otro, el fichero que almacena los datos sobre cumplimiento de obligaciones dinerarias y que presta información en esta materia. A este último fichero se le denomina "fichero común".

Siguiendo esta interpretación, la Agencia de Protección de Datos ha dictado la ya comentada Instrucción 1/1995 y la Instrucción 1/1998, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (la introducción a la Instrucción 1/1995 expone la anterior doctrina)³.

2.- SITUACIÓN ACTUAL

El artículo 29.1. de la LOPD indica que: "*Quiénes 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 o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.*"

Actualmente la actividad de las empresas que se dedican a la prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito, se destina a confeccionar informes de riesgo financiero y a la comunicación de información procedente de fuentes accesibles al público y de los registros públicos, con la finalidad de ofrecer información sobre la situación patrimonial de una persona y sus posibilidades de asumir responsabilidades económicas.

Dicha información procede de las siguientes fuentes: de las accesibles al público en los términos señalados por el artículo 3.j) de la LOPD, de informaciones facilitadas por el afectado, de cesiones consentidas por el afectado y de los registros públicos.

Esta última fuente -los registros públicos, sobre todo, Registro Mercantil y Registro de la Propiedad- incorporada en la LOPD en contraposición de su antecesora, la LORTAD⁴, implica que la Ley ha autorizado el tratamiento de esta información únicamente a las empresas dedicadas a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y por tanto, el resto de responsables de ficheros deberá cumplir con los principios señalados en la Ley -calidad, información y consentimiento- para tratar la información obtenida de los registros públicos.

³ Estas instrucciones deben considerarse derogadas conforme a la disposición transitoria 3.ª de la Ley 15/1999. Sin embargo, algunos tratadistas consideran que éstas resumen de hecho los criterios de interpretación que aplica la Agencia de Protección de Datos en relación a la inclusión en alguno de estos ficheros y al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

⁴ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

En este sentido, la Agencia de Protección de Datos, en su memoria del año 2001, señala, con relación a este tipo de ficheros, que: "(...) *muchas personas que proceden a crear ficheros con datos de carácter personal, confunden el hecho de que la información inscrita en los Registros Públicos sea pública en los términos previstos para cada uno de ellos, con la posibilidad de que se pueda tratar esa información con finalidades incompatibles con la previsión de publicidad formal. La mayoría de los responsables argumentan que dichos datos estaban accesibles al público con carácter general y concluyen que, por lo tanto, son de libre disposición y uso. Sin embargo, no tienen en cuenta que las únicas fuentes accesibles son las previstas en el artículo 3 ni tampoco los principios que se establecen en la Ley, que impide el tratamiento posterior de estos datos por terceros para finalidades no compatibles con las finalidades legítimas para las que se crean cada uno de los Registros Públicos. Por tanto, resulta necesario aclarar que la Ley permite la recogida de datos desde los Registros Públicos, para realizar tratamientos cuya finalidad sea la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, según lo previsto en su artículo 29.1. Para el resto de tratamientos que se pretendan efectuar con datos obtenidos de dichos Registros, será necesario recabar el consentimiento del interesado, conforme a los principios generales de la LOPD. En consecuencia, la obtención de datos de carácter personal de cualquier fuente que, como los Registros de la Propiedad o Mercantil, fuese distinta de las enumeradas en el citado art. 3.j), deberá contar con el consentimiento previo del interesado si sus datos fuesen a ser automatizados.*"

En otros casos, es el propio interesado quien facilita la información a incluir en la base de datos o terceras personas con su consentimiento -que se añaden, normalmente, a la información obtenida por las fuentes señaladas- y en la que el mismo interesado pone de manifiesto su capacidad económica a efectos de simplificar el análisis del riesgo antes de decidir si se concede o no un crédito.

Y, por último, se encuentran las fuentes accesibles al público, que enumeradas en el artículo 3.j) de la LOPD, se concretan en: el censo promocional, los repertorios telefónicos (en los términos previstos por su normativa específica), las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales (que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo), los diarios, boletines oficiales y los medios de comunicación. Habitualmente se suelen registrar las incidencias judiciales publicadas en los Boletines Oficiales, tanto del Boletín Oficial del Estado como de los Boletines autonómicos (reclamaciones de cantidad, impagos a la seguridad social, subastas de inmuebles por impagos, etc.).

Por otra parte, con respecto a los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, el artículo 29.2 de la LOPD establece que: "*2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el creador o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.*"

En estos casos, se informa de las incidencias de una persona ocurridas en el cumplimiento de sus obligaciones. El tratamiento se efectúa sin el consentimiento del interesado, dado que se informa de los impagos o incidencias ocurridas en sus operaciones de crédito, a fin de ponerlas de manifiesto a las empresas o entidades cesionarias para que éstas conozcan la capacidad económica y solvencia del interesado. La fuente de información es el acreedor, que comunica al responsable del tratamiento la deuda no satisfecha por el deudor.

Esta clase de ficheros se suelen denominar "ficheros de morosos" y en ellos existe una dualidad de responsables: el responsable del "fichero común" y las entidades participantes o informantes, "los acreedores". Habitualmente, las empresas informantes en el fichero común celebran un contrato con la empresa responsable del fichero por el que los acreedores se comprometen a comunicar al responsable del tratamiento las incidencias (operaciones que entren en situación de morosidad) que tengan con sus clientes y el responsable del tratamiento facilita la información que posea respecto de las personas a quien se refieran las consultas, información que supone un elemento más de valoración en la toma de decisión de la entidad informante para la concesión o denegación de la operación solicitada por un interesado.

El preámbulo de la Instrucción 1/1995 de la APD señala, respecto a este tipo de ficheros, que: "*Además, dentro de esto últimos la realidad demuestra que coexisten perfectamente engarzados dos tipos de ficheros: Uno, el propio del acreedor, que se nutre de los datos personales que son consecuencia de las relaciones económicas mantenidas con el afectado, cuya única finalidad es obtener la satisfacción de la obligación dineraria, y otro, un fichero que se podría denominar común que, consolidando todos los datos personales contenidos en aquellos otros ficheros, tiene por finalidad proporcionar información sobre la solvencia de una persona determinada y cuyo responsable, al no ser el acreedor, no tiene competencia para modificar o cancelar los datos inexactos que se encuentran en aquellos.*"

Actualmente, las empresas destinadas a esta actividad, de carácter privado, son titulares de ficheros comunes de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, con datos facilitados por el propio acreedor, también denominados "bureau de crédito". Ejemplo de éstos son el fichero Asnef, gestionado por Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L. y el fichero Badex, gestionado por Experian Bureau de Crédito, S.A.

No obstante, a día de hoy, existe un único fichero común con información facilitada por quien "actúa por cuenta e interés" del acreedor. Este es el fichero RAI (Registro de Aceptaciones Impagadas), gestionado por CCI (Centro de Cooperación Interbancaria). En este fichero se registran aceptaciones impagadas, es decir, letras de cambio, cheques, pagarés, etc., que no siempre provienen del propio acreedor, sino que la entidad bancaria que gestiona el cobro de dichas aceptaciones, al conocer el impago o la devolución de la misma, comunica esta información al fichero común, por cuenta e interés del acreedor, aunque éste no conozca la existencia de dicha comunicación.

Por otro lado, la Central de Información de Riesgos (CIR) contiene información sobre los riesgos financieros contraídos por personas físicas y jurídicas. Es un fichero de carácter público y los datos son facilitados por las entidades bancarias y financieras que se encuentren bajo la supervisión del Banco de España.

La aportación de la información a este fichero es obligatoria para dichas entidades en virtud de las normas recogidas en la Circular 3/1995 del Banco de España⁵.

Esta Circular regula las normas de aportación de información a este fichero público. Así, en dicha Circular se describen las posiciones en las que deben declararse los riesgos y se manifiesta que los conceptos utilizados para declarar dichas posiciones se corresponden con los de la Circular 4/1991⁶ -circular contable de las entidades sujetas a supervisión del Banco de España-.

La CIR, por ser un fichero de titularidad pública, debe considerarse un fichero excluido del régimen que establece el artículo 29 de la LOPD, por lo que no le resultan de aplicación las obligaciones dispuestas en el citado artículo, tales como la notificación de inclusión a los interesados, la comunicación de las evaluaciones de los seis últimos meses o limitar la cesión de datos de carácter personal a aquellos que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años.

A diferencia de los ficheros comunes de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias en los que se consulta tanto los potenciales clientes como los clientes del acreedor, en el fichero CIR el Banco de España, tras consolidar la información recibida, remite a cada entidad los datos relativos únicamente a sus clientes y les informa de la situación de la totalidad del riesgo contraído por sus clientes en el sistema financiero. En caso de que la entidad de crédito, participante en el fichero CIR, quisiera consultar los datos personales de una persona que no mantenga ni haya mantenido una relación contractual con la misma, deberá recabar el consentimiento del interesado para su consulta a la CIR.

En relación a la responsabilidad de las empresas suministradoras al fichero CIR, la memoria del año 2002 de la Agencia de Protección de Datos señala que: *"Entre las resoluciones dictadas por el Director de la Agencia de Protección de Datos en relación con hechos constitutivos de infracción del artículo 4.3 de la LOPD, cabe reseñar sendas resoluciones sancionadoras de los procedimientos incoados a consecuencia de dos denuncias donde se pusieron de manifiesto errores cometidos por una entidad bancaria en la comunicación de datos al fichero de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE).*

Se constató, en ambos casos, que se había producido un error en dicha comunicación por lo que el Director de la Agencia de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad bancaria por presunta infracción del artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, 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». Durante el periodo de tramitación del procedimiento sancionador, la entidad bancaria presentó, entre otras, alegaciones respecto a que la información de los datos al CIRBE está fuera del ámbito de aplicación de la LOPD. Sin embargo, aunque la Agencia ha mantenido

el criterio de que el CIRBE es un fichero público, y por tanto, no regulado por el art. 29 de la LOPD de prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, ello no implica la exclusión del resto de la Ley Orgánica 15/1999.

La Agencia de Protección de Datos ha resuelto numerosos procedimientos sancionadores por incumplimiento del principio de calidad de datos en el fichero CIRBE, tanto por altas improcedentes como por mantener la información inexacta en el mismo. En este mismo sentido, la Audiencia Nacional y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, han dictado sentencias en los recursos contenciosos-administrativos interpuestos por las entidades financieras sancionadas que ratifican las resoluciones impugnadas. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia nº 322, de 21 de marzo de 2001, en el Fundamento de Derecho Tercero señala que «(...) desde el momento en que los datos suministrados al CIRBE por las Entidades de Crédito son accesibles a éstas que pueden recabar la información que precisen para su normal desarrollo (al margen y con independencia del secreto bancario), dicha Central de Información de Riesgos presta, a juicio de esta Sala y Sección además de la función de control, un servicio — aunque limitado a las Entidades de Crédito, por lo que aquí interesa— de Información sobre solvencia Patrimonial y Crédito, y en tal sentido, la remisión de datos relativos a la solvencia patrimonial de los clientes de las Entidades Bancarias han de cumplir las garantías y requisitos exigidos por el expresado art. 4.3, correspondiendo al acreedor —en este caso a la Entidad Bancaria suministradora del dato al CIRBE— la responsabilidad de la veracidad y calidad de los datos suministrados.

Por ello, como declaran las resoluciones, después de comprobar que se había hecho uso de unos datos inexactos relativos a los denunciantes, al comunicar a la CIRBE una información errónea y no veraz sobre el riesgo asumido por aquellos, se entendió conculcado el principio de calidad de datos".

3.- PARTICULARIDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS FICHEROS COMUNES DE CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS

Como ya hemos aludido anteriormente, el apartado 2 del artículo 29 contiene un régimen específicamente aplicable a los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias. En este caso, la licitud de este tratamiento no se condiciona a que procedan de fuentes accesibles al público o con el consentimiento del afectado. Los datos pueden ser facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés.

Este precepto persigue prestar a terceros un servicio de información de estas características y no la creación de un fichero por el propio acreedor. En todo caso, la regulación de este precepto debe ser completada con otras normas que, dentro del marco de la ley, precisen o modulen la regulación de estos ficheros con relación a los principios de los artículos 4, 5 y 6 de la LOPD.

Para ser más precisos, estos ficheros, comúnmente llamados "de morosidad", no sólo registran los impagos de los compromisos dinerarios derivados de las relaciones contractuales entre el acreedor y deudor, sino que es imprescindible que se genere la situación de mora, en los términos regulados en el Código Civil. Así, podemos comprobar que los requisitos necesarios para la inclusión de

⁵ Circular 3/1995, del Banco de España, de 25 de septiembre, a entidades de crédito, sobre la Central de Información de Riesgos (B.O.E. nº 240 de 7 de octubre de 1995). Modificada por Circular 6/1998, del Banco de España, de 29 de mayo (B.O.E. nº 140 de 12 de junio de 1998), Circular 1/2001 del Banco de España, de 30 de marzo (B.O.E. nº 93 de 18 de abril de 2001), Circular 3/2002, del Banco de España, de 25 de junio, (B.O.E. de 2 de julio de 2002) y Circular 1/2004 del Banco de España, de 29 de junio (B.O.E. 165/25260 del 29 de julio de 2004).

⁶ Circular 4/1991, de 14 de junio, sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros

datos en este tipo de ficheros coinciden con los señalados en los artículos 1.100 y siguientes del Código Civil, que establece que incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

La Instrucción 1/1995 indica cuáles son los requisitos que deben cumplir las entidades informantes antes de la inclusión de los datos en el fichero común. Para que el acreedor pueda ceder los datos al fichero común, son requisitos imprescindibles:

- a) La existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada.
- b) El requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, del cumplimiento de la obligación.
- c) Que el acreedor, o quien actúe por su cuenta e interés, se asegure de que concurren todos los requisitos exigidos en los apartados a y b, en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.

Cuando el dato cedido por el acreedor resulte inexacto o no esté actualizado, deberá ser éste, o quien actúe por su cuenta o interés, quien comunique al responsable del fichero común, en el mínimo tiempo posible, la modificación del dato, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de la LOPD sobre el derecho de rectificación y cancelación. Por tanto, es el acreedor quien responderá de la exactitud de la información, por lo que deberá llevar a cabo todas las gestiones tendientes a asegurar dicha exactitud.

Por su parte, el responsable del fichero común deberá proceder a la cancelación cautelar del dato, cuando el deudor aporte un principio de prueba documental suficiente que desvirtúe alguno de los requisitos necesarios que se han descrito anteriormente.

A pesar de que la LOPD no se pronuncia sobre la vigencia de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos, dicho organismo ya se ha manifestado en diferentes resoluciones sobre la aplicación interpretativa de sus Instrucciones (1/1995). Así, en la Resolución número R/00262/2001, de 10 de agosto, el Director de la Agencia de Protección de Datos declara que:

"Debe desestimarse la alegación de la entidad informante consistente en la inaplicación de la Instrucción 1/1995, de la Agencia de Protección de Datos, y ello puesto que los hechos objeto de análisis acontecieron bajo el mandato de la LORTAD y de la mencionada Instrucción, que fijaba los criterios de los ficheros que prestan servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, es decir, de regulación de los ficheros previstos en el artículo 28 de la citada LORTAD y, hoy 29 de la LOPD.

Dichos criterios interpretativos de la Instrucción permanecen aplicables, en cuanto que la LOPD ha mantenido los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito y sirven de pauta en cuanto aclaran el funcionamiento de los mismos".

Como ya hemos puesto de manifiesto, la especialidad de este tipo de fichero radica en la existencia de una dualidad de responsables, que intervienen en sus tratamientos habituales:

Por un lado, el acreedor, que es responsable de la veracidad y exactitud de la información que incorporan a los ficheros comunes (debiendo responder de la concurrencia de todos los requisitos necesarios para la inclusión de datos en estos ficheros), de la rectificación y actualización de estos datos (en los plazos que más adelante se indican) y, por último, de la cancelación de los mismos, ya sea porque éstos sean erróneos o por el transcurso de los plazos señalados en la LOPD.

Por otro lado, el responsable del fichero, que, en virtud de las disposiciones señaladas por la ley, será responsable de enviar una notificación a los interesados con posterioridad a su inclusión -en el que se les informe sobre los datos que han sido incluidos en su fichero por cuenta de terceros-, de tratar con celeridad los datos que le son suministrados por los acreedores -con la finalidad de llevar a cabo las correspondientes altas y bajas-, de atender adecuadamente a los ejercicios de los derechos de acceso, rectificación y cancelación que efectúen los interesados -en los términos desarrollados específicamente en la Instrucción 1/1998, de la Agencia de Protección de Datos- y de comunicar los nombres y direcciones de los terceros que han consultado la información del interesado, así como, en su caso, las valoraciones y apreciaciones que en el mismo se hayan vertido.

Cabe concluir que el acreedor, entidad suministradora de los datos del fichero común, es el responsable del contenido de la información y, por tanto, le corresponde a éste responder de la carga de la certeza y exactitud del dato introducido en el fichero común. Por su parte, el responsable del fichero común no tiene competencia para modificar o cancelar los datos inexactos que se encuentran en su fichero.

La responsabilidad en el contenido de la información suministrada por el acreedor, se mide en términos de dolo o culpa, culpa que, en el régimen sancionador administrativo, se traduce en la acreditación de la adecuada diligencia en la comunicación del contenido de la información suministrada por la entidad acreedora. No obstante, debe recordarse que, en el ámbito administrativo sancionador, es posible sancionar a los sujetos infractores aun a título de simple inobservancia (de acuerdo con lo establecido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común). Este mismo criterio, aplicado por la Agencia de Protección de Datos, ha sido mantenido por la Audiencia Nacional, al entender, en este caso, que las entidades que ceden datos de carácter personal sobre el incumplimiento de obligaciones dinerarias deben mantener una conducta extremadamente cuidadosa respecto de los datos que suministran, debiendo, dichas entidades, cerciorarse de que las anotaciones por ellas informadas responden en todo momento a la situación actual del afectado.

A este respecto, resulta significativo el siguiente extracto de la Agencia de Protección de Datos, en su memoria del año 2002, relativo a la inclusión de datos inexactos en ficheros de morosos:

"Del conjunto de resoluciones en el sector, diecisiete tienen su origen en denuncias como consecuencia de la inclusión por parte de las empresas de telecomunicaciones de datos de clientes en ficheros comunes de incumplimiento de obligaciones dinerarias regulados por el artículo 29 de la LOPD, como consecuencia de reclamaciones de cantidad. Si bien las reclamaciones

de cantidad presentan un origen variado, cabe señalar como principales motivos los siguientes: errores en los procesos de facturación, solicitudes de baja de servicio no cursadas, prolongándose la situación de alta, no proceder a la cancelación de la deuda tras el pago de la misma, atribución de la deuda de un cliente a otra persona al incluir en ficheros comunes de incumplimiento de obligaciones dinerarias datos identificativos erróneos y altas fraudulentas.

De estas diecisiete resoluciones, una terminó con el archivo de las actuaciones, mientras que las dieciséis restantes finalizaron con resoluciones sancionadoras, incurriendo la totalidad de estas últimas en faltas graves. En este sentido, es interesante señalar que, en la mayoría de los casos, las empresas sancionadas solicitaron el archivo de las actuaciones alegando que la inclusión de los datos de los afectados en ficheros de morosidad carecía del elemento de la culpabilidad, ya que se habían producido como consecuencia de errores informáticos o de procedimiento.

Frente a las alegaciones anteriores, y en base a los criterios mantenidos por los tribunales, la Agencia consideró que los responsables del tratamiento, que se sirven y benefician de estos ficheros comunes de morosidad, deben de extremar la diligencia a fin de evitar que, ya sea por negligencia o por incumplimiento de los deberes que la Ley les impone, ocasionen un perjuicio a un afectado, como es el de la inclusión indebida de sus datos en un fichero de este tipo.

A mayor abundamiento, hay que indicar que este grupo de resoluciones se centra sobre operadores que no son precisamente los que más clientes tienen, por lo que no se sostiene la argumentación de que se trata de errores inherentes al gran volumen de información manejada. En este sentido, puede decirse que el origen de estas actuaciones radica principalmente en deficiencias en los procedimientos de gestión establecidos por los operadores afectados”.

En la misma línea, en la sentencia de 28 de marzo de 2003 -nº rec. 1237/2001- la Audiencia Nacional dilucida la conducta de una entidad informante que, por error, incluyó mal la letra del NIF de la persona con la que mantenía una relación contractual. El verdadero titular del NIF denunció la inclusión de su identificación a la Agencia de Protección de Datos. El fundamento de derecho IV de dicha sentencia señala que:

*“Ciertamente, el hecho sancionado no se ha cometido maliciosamente, pero sí con una evidente falta de diligencia por parte de la entidad actora como responsable del fichero, que ha dado lugar a que una persona ajena a cualquier tipo de relación con dicha mercantil sea incluida en un fichero de morosos, como consecuencia de un sistema propio de **** que incluyó un dígito de control de la letra de su DNI sin ninguna comprobación y sin la diligencia y profesionalidad que es exigible a estos operadores.(...)”*

*Cierto que *** no disponía de datos personales de la denunciante, sino de otra persona distinta, pero a consecuencia de un mal manejo del sistema informático, se produjo un efecto colateral en virtud del cual el DNI de dicha denunciante, ajena por completo a cualquier tipo de relación con dicha entidad, aparece como deudora en el fichero ***, (...)*

Y es al titular del fichero a quien corresponde la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar dicho principio de exactitud y a quien se concreta la responsabilidad por el hecho infractor, con independencia de que haya mediado culpa o negligencia por parte de los operarios o trabajadores, o de terceras empresas que actúen en su nombre”.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2002 -nº rec. 1236/2001- se plantea un supuesto relativo a la inclusión de datos inexactos en un fichero de morosidad con posterioridad a la solicitud de rescisión del servicio por parte del interesado. A este respecto la Audiencia manifiesta:

“La infracción por la que se impone la sanción que se recurre se consume cuando se mantienen datos de carácter personal inexactos o no se efectúan las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas, ex artículo 44.3.f) de la Ley Orgánica 15/1999. Esta descripción del tipo sancionador comporta que deba averiguarse si los datos, en el presente caso la deuda, es o no exacta. De manera que aunque es cierto que la Agencia de Protección de Datos no puede dirimir cuestiones de orden civil, debiendo limitarse, por lo que aquí interesa, a ejercer su potestad sancionadora de conformidad con lo dispuesto en la expresada Ley Orgánica, sin embargo en el caso examinado, a juicio de esta Sala, la citada Agencia no se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones, por las razones que a continuación se expresan. (...)

Uno de los principios esenciales en materia de protección de datos es que estos sean veraces, es decir, que los datos sean “exactos y puestos al día de forma que verpondan con veracidad a la situación actual del afectado” (artículo 4.3. de la Ley Orgánica 15/1999), por tanto, si los datos de carácter personal fueran inexactos, en todo o en parte, o incompletos “serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados” (artículo 4.4. de la expresada Ley).

Acorde con estos principios se establecen una serie de obligaciones tendentes a alcanzar esa veracidad y exactitud de los datos de carácter personal que se encuentran en el registro, y cuyo incumplimiento es digno de reproche y configura una infracción administrativa. Dicho de otra forma, el medio para conseguir que los principios en que se inspira esta regulación sobre la protección de datos –al amparo del artículo 18.4 de la CE, como derecho fundamental autónomo tras la STC 292/2000- sean efectivos es mediante la acción sancionadora, es decir, tipificando las conductas que impidan el cumplimiento de los expresados principios. (...)

*Por lo tanto, desde el mes de marzo de 1997 en que se recoge uno de los equipos, y desde mayo del mismo año en que se recibe en **** la solicitud de baja, la recurrente no podía enviar los datos al fichero, al haber seguido facturando en virtud de una relación contractual inexistente. Siendo cuestión distinta si el recurrente debe o no la cantidad que reclama la entidad denunciante sobre la que no se puede pronunciar la Agencia de Protección de Datos ni esta Sala, a pesar de que la parte recurrente alegue en su escrito de demanda que el denunciante reconoce deber esa cantidad, lo que no se deduce del expediente administrativo (...)”*

Por otro lado, la Sentencia de 24 de mayo de 2002 de la Audiencia Nacional -nº rec. 602/2000-, recurre la resolución de la Agencia de Protección de Datos

por la que impone una multa a una entidad bancaria por la inclusión de un interesado como avalista en un fichero de solvencia sin que la operación de hipoteca que fue objeto de controversia haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad. El fundamento de derecho quinto de la citada Sentencia indica:

"(...) En efecto, conforme se infiere del art. 145 de la Ley Hipotecaria en relación con el art 140: "Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1º) Que se hayan constituido en escritura pública. 2º) Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad". No puede por lo tanto hablarse de la existencia de deudor hipotecario voluntario mientras no se materialice la inscripción. (...) Pues sin perjuicio de que pueda discutirse tal naturaleza a determinados efectos jurídicos, lo que no puede hacerse, y menos desde la perspectiva de la protección de datos, es inscribir como avalista a un hipotecante voluntario cuya hipoteca no ha sido inscrita y por lo tanto no es válida, sin que responda por lo tanto del préstamo impagado. No se olvide que la finalidad del fichero es dar información sobre la vinculación, en este caso inexistente al no haberse inscrito la hipoteca y ser la inscripción constitutiva (...). En suma, no procedía dar de alta el dato hasta que no se hubiese procedido a la inscripción, bien con la voluntaria colaboración de los otorgantes o con la sustitución de su consentimiento por declaración judicial (...)"

Como botón de muestra de la multitud de situaciones planteadas con relación a la inclusión de incidencias en este tipo de ficheros, a continuación señalamos varios supuestos analizados por la Agencia de Protección de Datos relativos a la responsabilidad del acreedor, en los que establece el criterio a seguir, respecto a:

a) La falsificación de firma o falsedad documental: la Agencia de Protección de Datos indica que ésta es una cuestión que a los Tribunales de Justicia compete, no correspondiendo a este Ente Público el examen de su autenticidad o no, debiendo quedar limitado el estudio de los hechos a los extremos que la normativa vigente en materia de protección de datos hace referencia. En este sentido, cabría la cancelación cautelar del dato si existiera un principio de prueba documental en contrario. Por tanto, las alegaciones vertidas por los reclamantes o denunciadores en orden a la falsedad de firma o falsedad documental no pueden ser tenidas en cuenta por la Agencia mientras no exista sentencia judicial firme que así lo dictamine. Sin embargo, la Agencia puede entrar a conocer la existencia de algún principio de prueba documental que acredite la existencia de la relación contractual entre la entidad informante y el interesado.

b) La cantidad impagada: la Agencia señala que los intereses pactados en la relación contractual pueden ser incorporados al montante comunicado al fichero común. No obstante, otros conceptos como la provisión de fondos para Abogados o los intereses y costas judiciales, no deben ser mantenidos en el citado fichero; en el primer caso, porque no se corresponde con un importe que el interesado tenga la obligación jurídica de soportar y, en el segundo, porque no puede ser considerado montante de intereses más costas procesales, si éstas aún no han sido fijadas con carácter definitivo por el juzgado que instruye la causa originada entre ambos (acreedor y deudor).

c) Existencia y liquidez de la deuda: en estos casos, la Agencia no entra a conocer si los intereses o montante impagado se ajusta o no a las previsiones

legales y reglamentarias, dado que ésta es una cuestión ajena a la jurisdicción administrativa, siendo competente la jurisdicción civil para dirimir estas controversias. No obstante, la Agencia de Protección de Datos sí es competente para valorar, a la vista de la documentación aportada por las partes, si la inclusión de datos en los ficheros de morosidad por parte de la entidad informante resulta acorde con la normativa de protección de datos (existencia de deuda cierta, vencida y exigible y requerimiento previo de pago). Este criterio ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 3 de diciembre de 2003 (nº rec. 1883/2001).

En la misma línea cabe destacar el siguiente extracto de las memorias de la Agencia de Protección de Datos del año 2002:

"Entre las resoluciones dictadas en este ejercicio por infracción del artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, cabe destacar los relacionados con la negligencia en que incurren ciertas entidades al realizar envíos de tarjetas de crédito a través de medios que imposibilitan tener certeza de su recepción, tal y como es el correo ordinario. Este hecho ha dado lugar a cargos de los que no se hace responsable el titular de la tarjeta. Ante el impago de dichos cargos, las entidades afectadas, a pesar de reconocer la pérdida de la tarjeta, han realizado inclusiones en ficheros comunes de solvencia.

De las alegaciones presentadas por una de dichas entidades ante esta Agencia durante la tramitación de un procedimiento sancionador, se dedujo que la misma había tenido conocimiento de la pérdida de la tarjeta del afectado, por lo que no procedía informar con posterioridad al fichero común de solvencia la inclusión de la supuesta deuda con base en lo expresado en el artículo 4.3 de la citada Ley Orgánica 15/1999, al no haber acreditado dicha entidad que los datos correspondían con veracidad a la situación real del afectado. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional 1144/1999, de fecha 16 de febrero de 2001 en el Fundamento de Derecho IV señala: «Vista la conducta de la hoy actora, cabe apreciar que ha hecho uso de unos datos relativos a la insolvencia de una persona, conculcando los principios y garantías establecidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento de Datos de Carácter Personal, concretamente el de la certeza de los datos, que deben ser exactos, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado, como exige su artículo 4.3». En el mismo Fundamento de Derecho la sentencia continúa señalando 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 de ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan, cerciorándose previamente si la persona deudora es realmente aquella cuyos datos se facilitan a dicho registro».

En algunos casos las entidades informantes, bien al contrastar inexactitud en las firmas de los comprobantes de compra, o bien al tener constancia de diversas irregularidades, han procedido de inmediato a la cancelación de los datos de los afectados y a la denuncia de los hechos a la Policía, lo cual permitió apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad y reducir la cuantía de la sanción en virtud del artículo 45.5 de la LOPD".

Por otro lado, es preciso destacar la doctrina, contraria a la expresada anteriormente, del Tribunal Supremo respecto a la responsabilidad en la inclusión de

datos inexactos en los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias. Esta doctrina no resulta suficientemente aclaratoria por cuanto señala que el responsable del fichero es el que debe responder de dicha exactitud, a pesar de que éste no tiene potestad ni información para rectificar o cancelar la información proporcionada por las entidades informantes. Esta doctrina establece un criterio totalmente contrario al mantenido hasta el momento por la Agencia de Protección de Datos, siendo éste confirmado por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional. A continuación se expone el análisis efectuado por la Agencia de Protección de Datos, en sus memorias del año 2002:

"Por último, es necesario hacer referencia a la doctrina sentada por la Sentencia del tribunal Supremo de 13 de abril de 2002, reproducida de forma prácticamente literal por las de 29 de julio y 3 de diciembre del mismo año. Dichas sentencias vienen a resolver sendos recursos de casación para la unificación de doctrina relacionadas con la cuestión, detalladamente analizada en anteriores Memorias, de a quién corresponde la responsabilidad por la inclusión de datos incorrectos o inexactos en los ficheros relacionados con el pago o impago de obligaciones dinerarias. A lo largo de una consolidada doctrina, formada por más de 25 sentencias, las salas del TSJ de Madrid y de la Audiencia Nacional habían sentado el criterio de que la entidad informante en estos ficheros era la responsable de la integridad y exactitud del asiento, de modo que a la misma debían dirigirse las actuaciones en caso de detectarse la existencia de infracción de los principios de calidad de los datos. No obstante existieron, esencialmente entre las primeras sentencias dictadas, algunos fallos discrepantes con esta doctrina.

Pues bien, la citada Sentencia de 13 de abril de 2002 viene a resolver por el momento la cuestión, considerando la inexistencia de responsabilidad en el informante, al no ostentar el mismo la condición de responsable del fichero o encargado del tratamiento, por lo que la imposición de la sanción supondría una aplicación analógica de las normas sancionadoras de la protección de datos de carácter personal, proscrita por el artículo 25 de la Constitución.

Esta conclusión se alcanza en el Fundamento de Derecho tercero de la citada sentencia, quizá excesivamente breve en su exposición y razonamiento, que pasamos a reproducir íntegramente: «La sentencia recurrida, al extender el régimen sancionador contemplado en la Ley a quien suministró en virtud de un contrato el dato de carácter personal al responsable del fichero, ha conculcado el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, el artículo 129.4 de la Ley 30/1992, que impide la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones, y el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, en relación con el artículo 3 d) de esta misma Ley, que limita el régimen sancionador al responsable del fichero, cuyo concepto define este último precepto. En contra del parecer del Abogado del Estado, el responsable del fichero es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento automatizado y no quien le facilita el dato en virtud de un contrato celebrado con aquél, de modo que sólo el responsable del fichero está sujeto al régimen sancionador establecido en la aludida Ley Orgánica, que no cabe extender a cualquier otra persona, pues, de hacerlo, como la sentencia recurrida, se incurre en una aplicación extensiva o analógica del régimen sancionador, prohibida por el artículo 25.1 de la Constitución y 129.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con manifiesta conculcación de los principios de legalidad y tipicidad, y por consiguiente la mencionada sentencia debe ser anulada. La limitación subjetiva del régimen sancionador ha sido mantenida, teniendo en cuenta la lógica del propio sistema, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, al señalar en su artículo 43.1 que «los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley», continuando, por consiguiente, excluidos quienes hubiesen contratado el suministro de datos con aquéllos».

Por último, la Agencia de Protección de Datos se ha manifestado sobre la posibilidad de que las entidades informantes incorporen las consultas efectuadas a los ficheros de morosos en sus propios sistemas. A continuación, extractamos las manifestaciones realizadas por la Agencia en su memoria del año 2002, sobre este criterio:

"La tercera infracción se produce al comprobar que el operador incorporaba y mantenía en su sistema informático datos extraídos de las consultas efectuadas en su día sobre sus clientes en ficheros de morosidad comunes regulados en el artículo 29 de la LOPD, tales como importe de la deuda, entidad informante, número de impagados, sin que tales datos fuesen posteriormente actualizados.

Este hecho fue sancionado como infracción del artículo 4.3 de la LOPD, al considerar la Agencia que, de acuerdo con el artículo 4 de la LOPD, únicamente pueden someterse a tratamiento aquellos datos que, siendo adecuados, pertinentes y no excesivos, supongan la existencia de una información exacta y que se encuentre puesta al día de forma que responda con veracidad a la situación actual del afectado.

Frente a esta postura el operador alegó, en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución, que no se dedica al suministro de información sobre solvencia y que tales datos no inducen a error sobre el estado actual de la solvencia de sus clientes ya que dichos datos, junto con otros datos del cliente, se unen indisolublemente a una fecha, sin que el operador tome decisiones frente a los clientes basadas en datos no actualizados.

Añadió, además, que los clientes prestan su consentimiento para que se compruebe su solvencia a través de las condiciones generales de contratación, exponiendo también la dificultad de mantener actualizados los datos sin la colaboración de las entidades de información sobre solvencia, así como del borrado selectivo de dichos datos.

Las argumentaciones del operador fueron acogidas por la Agencia, toda vez que el operador mantiene en sus ficheros el resultado de la consulta que en su día efectuó al fichero de morosidad para evaluar el nivel de riesgo de las personas que contrataron con ella la prestación del servicio de telefonía. Por ello, y dado que son datos asociados a sus clientes, que se conservan junto con otros datos del cliente para el mantenimiento de la relación contractual, cabe entender que el operador puede conservar en sus ficheros los datos obtenidos de la consulta al fichero de morosidad en el momento de la firma del contrato, pues no son utilizados por el operador para otra finalidad distinta de aquella para la cual los clientes prestaron su consentimiento, esto es,

para la comprobación de su solvencia económica en el marco de la relación contractual, manteniéndose asociados a los demás datos del cliente.

En base a lo anterior, la Agencia revocó la resolución dictada y, en consecuencia, la sanción Impuesta previamente."

Con respecto a la actualización de los datos, las normas de calidad de la LOPD establecen la obligación de actualizar los datos de carácter personal de forma que respondan con veracidad de la situación actual del interesado. La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos ha provocado un cambio legislativo e interpretativo en lo referido al apartado 4.3, ya que, si en la anterior legislación los datos debían hacer referencia a la situación «real» del interesado, en la actual normativa los datos deben referirse a la situación «actual» del mismo. Este cambio legislativo puede dar lugar a que se pueda interpretar que «situación actual» se refiere a la actualización permanente y constante de los datos registrados sobre un titular.

No obstante lo anterior, el apartado cuarto de la norma primera de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, establece que el acreedor debe comunicar al responsable del fichero común el dato inexistente o inexacto en el mínimo tiempo posible, y, en todo caso, en una semana. Igualmente indica que este plazo es independiente del regulado en el artículo 15.2. del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio -relativo al plazo en que se hará efectiva la rectificación o cancelación: cinco días con la antigua legislación (LORTAD) y diez días con la normativa vigente (LOPD)-, y que se aplica al fichero del acreedor.

Debe recordarse que la Agencia de Protección de Datos exige una especial diligencia a las entidades acreedoras con relación a la actualización de las incidencias informadas a un registro de morosos, dada la trascendencia negativa que puede conllevar para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal.

Cabe citar, a modo de ejemplo, los argumentos de la Sentencia de 7 de diciembre de 2001, de la Audiencia Nacional -nº rec. 858/2000-, al establecer la responsabilidad de la entidad acreedora -participante en un fichero de solvencia- que mantuvo un dato desactualizado durante un mes, señalando que:

*"Si bien puede admitirse, acorde con lo indicado por la actora ****, que en el momento actual todavía no es razonable una exigencia de actualización del dato en tiempo real, no es menos cierto que el plazo de un mes utilizado resulta excesivo, y así lo debió entender la actora, ya que cuenta con el contenido de la norma primera. 4 de la Instrucción Número 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, que facilitaba ese período admisible".*

Por su parte, la Sentencia de 20 de octubre de 2000 de la Audiencia Nacional -nº rec. 290/1999- señala que:

*"En la fundamentación jurídica, se señala que la cuestión de fondo se centra en analizar, si la actuación de **** al mantener cedidos datos inexactos de la*

*denunciante afectada al fichero ***, en concreto un impago por importe de 27.810 pesetas, durante el periodo de 23 días, es conforme a derecho o no.*

Analiza el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 5/1992, con la exigencia que conlleva respecto a que dichos datos deben ser exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado. En cuanto a que la norma legal no haya establecido plazo, llega a la conclusión que deben aplicarse los criterios dictados por la Agencia de Protección de Datos en su Instrucción 1/1995, que lo fijó en todo caso en una semana, plazo que al haber rebasado ampliamente, constituye la infracción grave por la que ha sido sancionado, con multa en su cuantía mínima".

La inclusión de datos inexactos y la permanencia de datos desactualizados en los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, conllevan una infracción de la LOPD, tipificada en los artículos 4.3. o 4.4. de la Ley y sancionada en los artículos 44.3.d) o 44.3.f), con multas de 60.101,21 euros a 300.506,05 euros.

En relación con la cancelación de datos, el artículo 29.4. de la LOPD dispone que: *"Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos".*

Este artículo ha sido interpretado por la Agencia de Protección de Datos, y así en la norma tercera de la Instrucción 1/1995, manifiesta respecto al cómputo del citado plazo que: *"El cómputo del plazo a que se refiere el artículo 28.3 de la Ley Orgánica (artículo 29.4. de la actual legislación) 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".*

En la práctica, la Agencia de Protección de Datos, en sus distintas resoluciones, ha señalado que el plazo de seis años comienza a computar desde el vencimiento del último plazo de la obligación (R/00389/2003, E/00574/2002, entre otras).

Por su parte, la Audiencia Nacional mantiene la postura de que el acceso y permanencia de datos adversos en este tipo de ficheros no puede tener un carácter indefinido, proporcionando un perfil sobre la vida y evolución de la solvencia del interesado a través de los años, sino que el legislador ha pretendido que la finalidad a la que sirve el fichero se cumple informando sobre la reciente historia de la solvencia patrimonial del afectado, estableciendo que ese reflejo histórico no puede superar los seis años. Por tanto, como indica la Audiencia Nacional, no cabe equiparar la limitación temporal de los seis años a un plazo como el de la prescripción, cuyo cómputo se interrumpiría para volver a contar desde el inicio cada vez que se produce una actualización de los datos registrados. El límite que establece la norma es un valor neto, cuyo cómputo no es susceptible de interrupciones o periodos de carencia.

De esta forma, concluye que deberá computarse desde la fecha en la que la deuda sea vencida y exigible, de acuerdo a lo establecido en artículo 29.4 y a la norma tercera de la Instrucción 1/1995. (Sentencias de la Audiencia Nacional de

14 de junio de 2002 -nº rec. 1273/2000-, de 10 de enero de 2002 -nº rec. 931/2000-, de 12 de junio de 2003 -nº rec. 1748/2001-).

Actualmente, la Agencia de Protección de Datos viene manteniendo el criterio señalado. Reflejo de ello se muestra en el siguiente extracto de sus memorias del año 2002:

"En relación con el incumplimiento de lo expresado en el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 cabe destacar el procedimiento incoado a una entidad financiera por haber comunicado datos personales de un cliente a un fichero común de solvencia patrimonial como consecuencia de un préstamo impagado, habiendo transcurrido más de seis años desde que la entidad, en cumplimiento de las cláusulas del contrato del préstamo, lo resolvió y dio por vencida la obligación.

Según la resolución, un préstamo es una obligación dineraria de cumplimiento periódico, en la que el prestatario se compromete a rembolsar tanto el capital como los intereses devengados. En el momento en que se produce la liquidación de la deuda por la entidad financiera deja de ser una obligación de cumplimiento periódico y pasa a tener una fecha de vencimiento de la obligación incumplida.

A este respecto, el artículo 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, establece que (...). Por otro lado, la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, del Director de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito dispone en su norma tercera: (...)

En el presente caso, la fecha en que comienza a contar el plazo de seis años, es precisamente la de liquidación de la deuda que tuvo lugar cuatro años antes de la incorporación de los datos del afectado en el fichero de solvencia y no esta última fecha como pretendía el imputado.

Por lo expuesto, la entidad financiera incurrió en la conducta descrita en el artículo 44.3.f) de la LOPD, que tipifica como infracción grave: «Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara», ya que en el caso que nos ocupa, no se trataba de discutir la situación o no de deudor del afectado respecto de la entidad, sino de la posibilidad de incluir dichos datos en un fichero común de prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito transcurridos más de seis años desde la liquidación de la deuda".

El cambio interpretativo del artículo 4.3. y 28.3 de la LORTAD por el actual 4.3. -que reproduce el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE- y 29.4 de la LOPD, en concreto el cambio de la expresión "situación real" por "situación actual", implica que no se pueda mantener el saldo cero, ya que este dato alude al pasado como deudor del afectado y no a su estado actual, en el que la deuda ha sido cancelada, que está equiparado al de otros que no estuvieron nunca incluidos en un fichero de esta naturaleza.

Por otra parte y tal y como ha interpretado la Audiencia Nacional, el artículo 29.4 introduce el adverbio "siempre" respecto del reflejo veraz de una situación actual, y sin duda alguna la situación actual del afectado es la de no tener

ninguna deuda pendiente y, los que no tienen la condición de deudores, no puede reflejarse su saldo, ni siquiera como "saldo 0". Por tanto, la anotación del saldo cero es informar, de forma indirecta, sobre la condición de deudor en el pasado del afectado, si bien actualmente no posee esa condición, permitiendo la construcción de un perfil de la persona -el que consulta conoce la situación de deudor en su día del afectado- lo que supone una calificación social del individuo que redundaría en sus relaciones sociales de forma negativa. Se concluye, por lo anterior, que informar de las deudas pasadas es "incompatible" con la referencia a la "situación actual" del artículo 4.3. (Sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2002 -nº rec. 602/2001-, de 6 de junio de 2002 -nº rec. 711/2001-, de 10 de mayo de 2002 -nº rec. 656/2001-, de 11 de junio de 2003 -nº rec. 1625/2001- entre otras).

Como señala la Agencia de Protección de Datos en su memoria del año 2000:

"La entrada en vigor el 14 de enero de 2000 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, así como la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, han introducido novedades en cuanto al funcionamiento de estos ficheros que pueden establecer cambios en los criterios fundamentales que rigen la línea de actuación de la Agencia en relación con los mismos.

En el caso del sector que nos ocupa, los ciudadanos, a través de sus reclamaciones, han planteado una cuestión sobre la validez de la restricción temporal de seis años establecida en el artículo 29.4 de la LOPD de los datos adversos registrados en los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito una vez que la deuda ha sido cancelada, momento en el cual pasa a figurar en el fichero la deuda regularizada bajo la denominación «saldo 0», situación ésta que había sido considerada lícita en aplicación de la derogada LORTAD y durante su vigencia.

Como consecuencia de este cambio legal producido en el art. 29.4 LOPD, respecto de lo dispuesto en el anterior art. 28.4 de la derogada LORTAD, durante el año 2000 se han tramitado varias denuncias sobre el denominado «saldo 0» que han dado lugar a la incoación de procedimientos sancionadores por infracción del artículo 29.4 de la LOPD, en relación con el artículo 4.3 de la misma Ley".

Por tanto, la modificación legal introducida en la nueva Ley de Protección de Datos (artículo 4.3. y 29.4 anteriormente citado) ha motivado a la Agencia de Protección de Datos a cambiar el criterio que venía sustentando respecto al mantenimiento del saldo cero.

Con respecto a la notificación de inclusión en alguno de estos ficheros, tal y como ha señalado la Agencia de Protección de Datos, ya desde la publicación de sus memorias del año 1997, en los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias quiebra-el principio general de la Ley en sus artículos 6 y 11, que exigen el consentimiento para el tratamiento y la cesión. Por dicho motivo, se sustituye la necesidad del consentimiento previo informado por la notificación posterior de los datos más relevantes de dicha inclusión con doble objetivo: informar al ciudadano de la inclusión, dada la gran trascendencia que la misma tiene para sus derechos y dar al ciudadano la posibilidad de rectificar y cancelar dichos datos en el caso de que sean erróneos.

Los requisitos para la realización de la notificación por parte del responsable del fichero común (artículo 29.2. de la LOPD y norma segunda de la Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos), son:

- a) La obligación de comunicar la inclusión en estos ficheros se extiende a la información relativa al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitadas por el acreedor en virtud de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la Ley Orgánica.
- b) La notificación de la inclusión de datos personales en el fichero se efectuará en el plazo máximo de 30 días, informando al afectado de su derecho a recabar información sobre los datos recogidos en el fichero.
- c) La inscripción en el fichero común 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 la fecha de cada uno de ellos, en este caso.
- d) Se efectuará una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores.
- e) El responsable del fichero deberá adoptar las medidas organizativas y técnicas necesarias que permitan acreditar la realización material del envío de notificación y la fecha de entrega o intento de entrega de la misma.
- f) La notificación se dirigirá a la última dirección conocida del afectado a través de un medio fiable e independiente del responsable del fichero.

La realización de esta notificación corresponde exclusivamente al responsable del fichero común y, en caso de incumplimiento se tipifica en el artículo 44.3.1), que indica que serán infracciones graves: *"Incumplir el deber de información que se establece en los artículos 5, 28 y 29 de esta Ley, cuando los datos hayan sido recabados de persona distinta del afectado."* Y se sanciona con una multa de 60.101,21 euros a 300.506,05 euros.

La Norma Cuarta de la Instrucción 1/1998, introdujo como novedad el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación a los ficheros de prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, no sólo ante el responsable del fichero común, sino también ante cualquier entidad participante en el sistema.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, el artículo 29.3 de la LOPD establece que: *"En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos"*. Si bien, ésta es una obligación del responsable del fichero común.

No obstante, con relación al ejercicio de los derechos de los interesados, serán de aplicación las mismas normas señaladas respecto al responsable del tratamiento para la tramitación del ejercicio de derechos (requisitos, plazos, etc.).

En consecuencia, las especialidades para el ejercicio de derechos en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, se resumen en las siguientes:

Derecho de acceso:

1) Los responsables de los ficheros de prestación de servicios de información de solvencia patrimonial y crédito estarán obligados a satisfacer en cualquier caso los derechos de acceso, cualquiera que sea el origen de los datos. Además, el responsable del fichero común deberá cumplir la obligación establecida en el artículo 29.3 de la Ley Orgánica, de facilitar las evaluaciones y apreciaciones que se hayan comunicado sobre el afectado en los últimos seis meses, así como el nombre y dirección de los cesionarios.

2) Cualquier otra entidad participante en el sistema, ante una solicitud de acceso, deberá comunicar al afectado todos los datos relativos al mismo a los que ella pueda acceder, así como la identidad del responsable del fichero común para que pueda completar el ejercicio de su derecho de acceso.

Derechos de rectificación y cancelación:

En los ficheros de prestación de servicios de información de solvencia patrimonial y crédito, cualquiera que sea el origen de los datos, cuando el afectado lo solicite, el responsable del fichero común deberá cumplir la obligación de satisfacer los derechos de rectificación y cancelación.

1) Si la solicitud del ejercicio de los derechos de rectificación o cancelación de datos se dirige al responsable del fichero común, éste tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos, para que ésta la resuelva. En el caso de que el responsable del fichero común no haya recibido contestación por parte de la entidad en el plazo de diez días, procederá a la rectificación o cancelación cautelar de los mismos.

2) Si la solicitud del ejercicio de los derechos de rectificación o cancelación de datos se dirige a cualquier otra entidad participante en el sistema y hace referencia a datos que dicha entidad haya facilitado al fichero común, procederá a la rectificación o cancelación de los mismos en sus ficheros y a notificarlo al responsable del fichero común en el plazo de diez días.

3) Si la solicitud hace referencia a datos que la entidad no hubiera facilitado al fichero común, dicha entidad informará al afectado sobre este hecho, proporcionándole, además, la identidad del responsable del fichero común para que pueda completar el ejercicio de sus derechos.

Con motivo de la inspección de oficio efectuada por la Agencia de Protección de Datos en el año 1998 a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, en las memorias del año 1999, publicó las siguientes recomendaciones relacionadas con los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias:

Según el apartado tercero de la Norma Segunda de la Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos, se deberá realizar una anotación por cada operación impagada. En cada anotación aparecerá claramente diferenciada la parte correspondiente al principal de la deuda y a los intereses devengados.

Cuando se incluyan datos de administradores o cargos ejecutivos de una sociedad que haya incumplido una obligación de pago, se debe hacer constar claramente si a dichos cargos les son exigibles o no las deudas de la sociedad (avales, obligaciones solidarias, etc.), ya que, de no serlo, no deberían figurar en el fichero.

En algunos casos se imputan erróneamente datos de un afectado a otro diferente (por ejemplo, padre e hijo o personas con apellidos iguales o muy comunes), debido a que los datos disponibles para la identificación de los afectados impide que ésta se realice de un modo inequívoco. Para evitar esta imputación errónea, no se deberán registrar incidencias relativas a personas que no puedan identificarse de forma inequívoca.

Al objeto de cumplir la legislación, se adoptarán todas aquellas medidas de índole técnica y organizativa que garanticen que las actualizaciones de los datos de los que tienen conocimiento las entidades informantes se reflejen en el fichero común en el plazo de una semana, que es el previsto por la Instrucción 1/1995.

En aquellos casos en los que se distribuyen copias de los datos registrados en el fichero común, el tratamiento posterior de dichos datos (actualización, normalización, etc.) provoca, en ocasiones, discrepancias entre la información registrada en el fichero común y en los ficheros copia. En estos supuestos deberán cumplirse las siguientes recomendaciones:

Se deberá garantizar que todas las copias de los ficheros existentes en cada entidad informante sean idénticas. En el caso de que esto no se pueda garantizar, cada entidad informante deberá notificar al Registro General de Protección de Datos la copia del fichero que obra en su poder, siendo responsable de la información contenida en el mismo a todos los efectos.

Se deberán habilitar los procedimientos necesarios para garantizar que a los afectados se les informe de forma cabal y actualizada de todos los destinatarios de la información contenida en el fichero, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio.

Se tomarán todas aquellas medidas que impidan la existencia de copias de dichos ficheros en manos de personas físicas o jurídicas no autorizadas a acceder a las mismas o, al menos, aquellas medidas que permitan identificar el origen exacto de la copia que se esté utilizando de manera ilegítima (incluyendo, por ejemplo, marcas diferenciadas en cada una de las copias).

Se habilitarán aquellas medidas técnicas y/o organizativas que resulten necesarias para garantizar el derecho de los afectados a conocer las evaluaciones que sobre ellos se hayan realizado en los últimos seis meses.

Se tomarán las medidas necesarias para que cuando los interesados soliciten el ejercicio del derecho de acceso ante una entidad informante, se les comuniquen los datos referidos a ellos que obran en el fichero común a los que la entidad tenga acceso, así como la identidad y dirección del responsable del fichero común para que el afectado pueda, de esa manera, dirigirse al responsable de dicho fichero común y completar así el ejercicio de los derechos que la Ley le reconoce.

Al objeto de dar cumplimiento a la prescripción legal se deberán implantar los procedimientos adecuados para garantizar que el periodo de permanencia de los datos en los ficheros comunes no supere el límite de seis años.

En relación con las notificaciones exigidas legalmente, si como consecuencia del ejercicio del derecho de cancelación se procediera a la baja cautelar de datos

de un afectado en el fichero común, la ulterior incorporación al fichero de los datos cancelados requerirá una nueva notificación en el plazo de treinta días.

Por otro lado y derivado de una inspección de oficio efectuada por la Agencia de Protección de Datos al fichero RAI (Registro de Aceptaciones Impagadas), en su memoria del año 2002, dicho organismo ha emitido las siguientes recomendaciones:

Datos exactos y puestos al día: Con relación a lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, relativo a la calidad de los datos, la Agencia señala que el fichero RAI puede contener datos relativos a deudas ya satisfechas por el deudor. Este hecho puede darse cuando los pagos se realizan de forma directa entre el deudor y el acreedor, y ninguno de ellos lo comunica al RAI, ni a la entidad informante, que no tiene conocimiento del pago. A este respecto, el CCI (Centro de Cooperación Interbancaria) debe establecer un sistema de forma que los datos incluidos en el fichero RAI respondan con veracidad a la situación actual del afectado, no pudiendo incluirse en el fichero común ningún dato personal relativo a deudas inexistentes o ya saldadas. Por su parte, las entidades informantes sólo podrán incorporar información al fichero RAI de conformidad con el artículo 29 de la LOPD, es decir, cuando ostenten la condición de acreedor o puedan acreditar que actúan por cuenta o interés de aquél.

Cancelación de datos: En aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.5 y los apartados 3 y 5 del artículo 16 de la LOPD, la Agencia emite las siguientes recomendaciones relativas a los ficheros auxiliares al fichero RAI:

Fichero de gestión del ejercicio de los derechos de los afectados. Como consecuencia de su finalidad, en este fichero se pueden encontrar datos relativos a personas físicas que no hayan formado parte en ningún momento del fichero RAI. A este respecto, la Agencia señala que CCI podrá mantener los datos relativos a personas físicas identificadas, únicamente durante el plazo de prescripción de las acciones legales. No obstante, el citado fichero deberá ser notificado e inscrito en el Registro General de Protección de Datos.

Ficheros Históricos (ficheros internos que permanecen custodiados por el responsable del fichero): datos relativos a deudas que han sido dadas de baja en el RAI por las entidades informantes y fichero que contiene datos relativos a deudas que han sido dadas de baja en el RAI por tiempo de permanencia en dicho fichero superior a 30 meses. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29.4 de la LOPD, la Agencia indica que los datos no deben permanecer en estos ficheros por un periodo superior a los seis años especificados en el citado artículo de la LOPD. Asimismo, señala que los citados ficheros no pueden calificarse como de información sobre solvencia patrimonial y crédito al no ser accesibles por terceras entidades. En consecuencia, para adaptarse a las exigencias de la LOPD deberán ser notificados e inscritos en el Registro General de Protección de Datos, debiendo procederse al bloqueo de los datos contenidos en ellos en los términos del artículo 16 de la LOPD.

Fichero para realizar la facturación a las entidades que consultan el RAI. El citado fichero puede contener datos relativos a las personas físicas que han sido consultadas por las entidades (al menos nombre y apellidos y, en ocasiones, DNI y provincia), aunque dichas personas no hayan figurado en ningún momento en el fichero RAI. Respecto al fichero reseñado en este apartado, la Agencia indica que deberá proceder a comunicar a los afectados que ejerzan el derecho

de acceso, la información contenida en dicho fichero en los términos del artículo 15 de la LOPD. Asimismo, el fichero deberá ser notificado para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos. Cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 4.5 de la LOPD, deberá procederse al bloqueo de los datos conforme al artículo 16 de la misma norma.

Deber de secreto. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPD, la Agencia de Protección de Datos recomienda al responsable del fichero que suscriba documento por el cual las personas que prestan sus servicios en CCI queden obligadas al secreto profesional sobre los datos a los que acceden en el desempeño de sus funciones, por lo que dichas personas deberán firmar un compromiso de confidencialidad con CCI que contemple lo especificado en el citado artículo 10 de la LOPD.

Comunicación de datos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 29.3 de la LOPD, la Agencia señala que:

Respecto a la modalidad de acceso en la que el responsable del fichero proporciona una copia del fichero RAI a cada entidad presentadora / receptora, la Agencia indica que CCI no está en disposición de informar completamente al interesado de los accesos a sus datos realizados durante los últimos seis meses, ni del nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos, ya que las consultas efectuadas a las copias del fichero RAI son desconocidas por CCI. Tampoco conoce CCI el destino dado a dichas copias por las entidades presentadoras / receptoras, aunque supuestamente estas entidades lo ponen a disposición de las entidades informantes a las cuales representan en el sistema. En consecuencia, deberá comunicar la relación de tales entidades.

Respecto al acceso on-line al fichero completo desde entidades informantes. La Agencia señala que el responsable del fichero deberá guardar los datos de la persona concreta que finalmente la entidad ha consultado. Por tanto, en este caso, al no conocer exactamente la persona consultada, tampoco puede ofrecer las evaluaciones realizadas sobre la misma en los últimos seis meses. A la vista de los hechos descritos y de conformidad con la prescripción legal indicada, CCI deberá, como responsable del fichero, establecer un sistema que garantice el derecho de los afectados a conocer las evaluaciones que sobre ellos se hayan comunicado en los últimos seis meses, así como el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado sus datos.

Acceso a los datos por cuenta de terceros. En cumplimiento del artículo 12.2 de la LOPD, entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento del fichero RAI, deberá adaptarse el contrato suscrito entre ellos recogiendo la referencia expresa a que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato y que no los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. Igualmente se deben estipular las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de la LOPD y que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

Derechos de acceso, rectificación y cancelación. Con relación al artículo 15.1 de la LOPD, respecto al derecho de acceso, deberá informarse de la posible existencia de sus datos en los ficheros Históricos en los que se graban los registros borrados del RAI o en el fichero de atención de los derechos, en el que se pueden encontrar datos de nombre, apellidos y domicilio relativos a personas

físicas cuyos datos nunca hayan estado incluidos en RAI. Igualmente, deberá informarse de la posible existencia de datos del afectado en el fichero utilizado para realizar la facturación a las entidades que consultan on-line el fichero RAI. En consecuencia, conforme a lo especificado en la LOPD, ante el ejercicio de los derechos de los afectados, CCI debe ofrecerles la información completa que de ellos dispone, consultando para ello todos sus ficheros que contengan datos de carácter personal.

Registro General de Protección de Datos. En cumplimiento del artículo 26.1 de la LOPD deberá inscribirse en dicho Registro el fichero utilizado para gestionar y controlar la atención de los derechos de los afectados, así como el fichero de facturación a entidades por las consultas realizadas y los ficheros Históricos que contienen los datos borrados del RAI.

4.- PARTICULARIDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS FICHEROS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO

Lo más relevante de la regulación de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, regulados en el artículo 29.1. de la LOPD, es la habilitación de las fuentes sobre las que pueden obtener la información que nutrirá a este tipo de ficheros. Estas fuentes son: los registros, las fuentes accesibles al público, las informaciones facilitadas por el afectado o las cesiones consentidas por el afectado.

Sobre la información procedente del interesado o con su consentimiento (cesiones consentidas por éste), la adecuada recogida de datos personales exige un examen sobre las formas de obtenerlo a fin de establecer algunos criterios básicos sobre la prueba del cumplimiento de los principios de información y consentimiento por parte del responsable del fichero o tratamiento, ya que es a éste al que le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de los citados requisitos.

Las formas más comunes de recogida de datos personales, en el supuesto de cesiones consentidas por el usuario, actualmente son:

1) Escrito: Indudablemente es el medio más idóneo para la acreditación del cumplimiento de los principios de información y consentimiento por parte del responsable del fichero, máxime si se obtiene de forma expresa, es decir, acompañado de la firma del titular de los mismos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el responsable del fichero o tratamiento deberá igualmente custodiar con suficiente diligencia dicha documentación, dado que en el supuesto de solicitud por parte de la Agencia de Protección de Datos deberá presentar dicha documentación.

Los responsables de los ficheros deben igualmente ser diligentes y consecuentes con el consentimiento otorgado por su titular. En este sentido, determinados responsables de ficheros han sido objeto de sanción al no actuar con suficiente cuidado en la tramitación de los términos de la autorización otorgada por su titular. En este sentido, no basta con realizar una adecuada formulación del derecho de información y de la solicitud del consentimiento, además éste deberá ser adecuadamente tratado.

2) Teléfono: La recogida de datos personales por teléfono presenta, con carácter general, el problema principal de la falta de prueba de la identificación de la persona que se presenta como titular de los datos. Debe tenerse en cuenta que los ficheros de voz son ficheros de carácter personal, por lo que le son aplicables todos los principios de la Ley Orgánica 15/1999. Y ello, en aplicación del artículo 3, en su apartado a) que indica respecto a la definición de datos personales que éstos se refieren a "*Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*". De esta forma, si en las grabaciones de llamadas se identifica al titular de los datos, deben cumplirse con el resto de requisitos exigidos por la Ley.

Lo cual implica que, debe trasladarse al titular todos los requisitos señalados en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, y solicitar el consentimiento para los tratamientos que se requieran, debiendo igualmente dar la posibilidad al interesado para que se oponga al mismo. Y ello con el fin de evitar tratamientos que finalmente pudieran resultar ilícitos.

3) Internet: Dada la ausencia de identificación inequívoca a día de hoy del sujeto que utiliza como medio de comunicación Internet, se hace preciso tener en cuenta la regulación referente a la firma digital, establecida en el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, que trata de dotar de un sistema de seguridad adecuado a las transacciones efectuadas por medios telemáticos.

Centrándonos en la materia de Protección de Datos y en el hecho de utilizar Internet para recabar datos personales, debe primeramente precisarse que este medio en nada difiere de cualquier otra forma de obtener datos personales. Es por ello que le serán de aplicación todos los principios recogidos en la LOPD dado que los datos de carácter personal recogidos van a ser susceptibles de tratamiento.

Por tanto, deberá informarse de los requisitos del derecho de información y recabarse el consentimiento cuando éste sea necesario y, todo ello deberá ser debidamente acreditado en su caso, por el responsable del fichero.

No obstante resulta significativo cómo se ha olvidado el cumplimiento de la LOPD en la utilización de Internet para la promoción y venta de los productos y servicios de algunos de los responsables de ficheros o tratamientos, sobre todo, teniendo en cuenta que algunos de ellos cumplían con dichos principios en la utilización de formularios o cuestionarios en soporte papel.

El artículo 4.1. de la LOPD, al disponer: "*Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido*", establece el principio de pertinencia de los datos, es decir, que el responsable del tratamiento no podrá recoger más datos de los necesarios para la realización de la finalidad a la que van destinados. Por tanto, cada uno de los datos recabados por el responsable del fichero debe contar con una justificación para la consecución de la finalidad del tratamiento; de esta forma se deberá, bien determinar en el momento de la recogida del consentimiento o bien deberá informarse de su tratamiento en los supuestos que estén excepcionados del consentimiento.

Este artículo debe relacionarse con el apartado a) del artículo 5 respecto al consentimiento informado y con el artículo 4.2. que indica que los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

Respecto a los registros, debemos añadir que, con fecha 17 de febrero de 1998, se dictó la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 27/02/1998), como antecedente de la regulación contenida posteriormente en el artículo 332.6 del Reglamento Hipotecario y que viene a modificar la concepción de accesibilidad al Registro de la Propiedad.

Como se señala en la propia Instrucción, la misma se dicta, ante la disparidad de criterios seguidos por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en orden a la expedición o no de publicidad formal en los casos de peticiones masivas de notas simples respecto de datos consignados en sus archivos, partiendo para ello, a su vez, de lo establecido en el artículo 607 del Código Civil respecto del Registro de la Propiedad y del artículo 23.1 del Código de Comercio respecto del Registro Mercantil, artículos que regulan con carácter general la publicidad formal de ambos Registros.

Así, el objeto de la referida Instrucción es establecer por la Dirección General de los Registros y del Notariado los principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en caso de petición en masa.

Se establece, en principio, dentro del punto quinto de la Instrucción, la prohibición con carácter general de que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no expedirán la publicidad formal cuando el objeto de la solicitud sea su incorporación masiva a bases de datos, registros paralelos, etc., sin responder en consecuencia a mandato alguno por parte del interesado en la información suministrada. No obstante lo anterior, se excepcionan de dicha prohibición las solicitudes de publicidad formal que encajen en alguno de los siguientes supuestos: si se hacen en cumplimiento de alguna disposición legal que faculte la realización de estudios estadísticos, si su objetivo satisface un interés público (como la realización de estudios sectoriales o de planificación económica por la Administraciones Públicas, Corporaciones de Derecho Público, o instituciones públicas o privadas sin ánimo de lucro a estos efectos) o si derivan de un convenio de colaboración suscrito con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que es a quien, por vía normativa, corresponde la publicación de estadísticas con referencia a las bases de datos de los registros.

En estos casos, y a pesar de que la solicitud encaje en alguno de los supuestos anteriores, la propia instrucción contempla, de una parte, que el solicitante se comprometerá por escrito a que el tratamiento y publicación de los datos se realizará mediante agregación de los mismos, salvaguardando el derecho a la intimidad y a la privacidad, y, de otra parte, obliga a los propios Registradores a hacer constar en la publicidad que expidan, que existe la prohibición de incorporar los datos obtenidos a ficheros o bases informáticas para la consulta individualizada de personas físicas o jurídicas, incluso expresando la fuente de información.

Por su parte, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario y añade cinco nuevos apartados

al artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil, a través de la disposición adicional única de dicho Real Decreto.

Respecto al Reglamento Hipotecario sólo señalar que existen tres disposiciones que se refieren al tratamiento de datos y que son:

- Artículo 332.2, que establece la prohibición del acceso directo, por cualquier medio, al núcleo central de la base de datos del Archivo del Registrador, que responderá de su custodia, integridad y conservación, así como de su incorporación a la base de datos para su comercialización o reventa.
- Artículo 332.5, que dispone que la nota simple informativa consistirá tan sólo en un extracto sucinto del contenido de los asientos, consistente en la identificación de la finca, del titular o titulares de derechos inscritos, extensión, naturaleza y límites de los derechos y, en su caso, prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos.
- Artículo 332.6, que establece que los registradores no atenderán las solicitudes en masa o indiscriminadas. En este sentido, conviene precisar que, en consonancia con el artículo 4.2 que señala que los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, debe entenderse que si la finalidad buscada por la Ley Hipotecaria es garantizar la seguridad del tráfico inmobiliario, advirtiendo, a quienes se interesen por el estado y cargas de una finca, de dichas circunstancias, y garantizando que quien adquiere del titular inscrito una finca o derecho, goza de la protección registral, de modo que, una vez inscrito su derecho, este resulta invulnerable por cualquier otro derecho que no constara en el registro, ello conlleva a considerar que las consultas masivas de los datos del registro no sirven a la finalidad de la seguridad del tráfico inmobiliario, sino para otros fines distintos de éste.
- Por último, el artículo 222 apartados 2 y 5 de la Ley Hipotecaria (en la redacción dada por la disposición adicional segunda de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación) señala el contenido de las notas simples informativas, evitando, de esta manera, que se comunique información distinta a la estrictamente necesaria para garantizar la seguridad en el tráfico inmobiliario (artículo 4.1. de la Ley).

Respecto al Registro Mercantil, ha de señalarse que los sujetos objeto de inscripción en este Registro son todos ellos empresarios, en una gran mayoría sociedades.

Por lo que se refiere a la modificación del artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil introducida por la disposición adicional única del Real Decreto 1867/1998, conviene señalar que en el anteproyecto presentado a la Agencia para informe se contenía un apartado 5 del tenor literal siguiente: «Se reconoce la posibilidad de incorporación de la información así obtenida mediante consultas a bases de datos para su comercialización siempre que los datos objeto de tratamiento automatizado se incorporen a bases registradas en la Agencia de Protección de Datos para realizar informes jurídicos o económicos en los que la publicidad formal no sea la única fuente de los mismos. Se excluye la publicidad engañosa».

Este era el único apartado que afectaba al régimen de protección de datos y en el informe emitido por la Agencia de Protección de Datos sobre el anteproyecto de redacción propuesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, se consideró como más conveniente que no se realizara regulación alguna respecto del régimen de la privacidad, en atención a la publicidad formal del Registro Mercantil, salvo la que ya se encuentra regulada en el artículo 12.3 del Reglamento, en donde se deja a la responsabilidad del Registrador Mercantil la atención a consultas en masa o a la publicidad en general de datos personales. Atendiendo a lo señalado en su informe por la Agencia de Protección de Datos, de la redacción final de la referida disposición adicional ha desaparecido el proyectado apartado 5.

Disipadas las dudas interpretativas respecto a la legalidad en el uso de los registros por los responsables de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, cabe igualmente precisar, con relación a las fuentes accesibles al público, que su definición taxativa del artículo 3.j) de la LOPD, ha conllevado a disolver igualmente muchas discusiones sobre la interpretación mantenida en la antigua legislación. Así, a modo de ejemplo, la Audiencia Nacional ha dictado sentencias acerca de si los datos personales publicados en los libros y registros de los juzgados y los tabloneros de los juzgados pueden considerarse fuentes accesibles al público respecto a su incorporación en este tipo de ficheros (así, la Sentencia de 29 de noviembre de 2001, señala que: *"los datos contenidos en los libros y registros judiciales no se encuentran a disposición del público de forma enteramente libre e indiscriminada ya que el acceso a los mismos está regulado y en cierta medida restringido. De un lado, por la apelación que hacen los citados artículos 235 y 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la condición de «interesado», de cuya significación y alcance ya conocemos la interpretación jurisprudencial (STS de 3 de marzo de 1995). De otra parte, porque el acceso a tales libros y archivos está mediatizado por la necesaria intervención del Secretario Judicial y la preceptiva sujeción al trámite de solicitud y autorización regulado en los artículos 1 a 5 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (BOE nº. 166 de 13 de junio de 1995)"*).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 13 de junio de 2001, examinando un supuesto en el que una empresa dedicada a análogas actividades de prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito incluyó en sus ficheros datos obtenidos de tabloneros de anuncios de los juzgados, establece lo siguiente: *"siendo así que los datos que conformaron los ficheros sobre insolvencia patrimonial de la entidad actor, fueron obtenidos de fuentes accesibles al público, como son el Registro de la Propiedad y los tabloneros de anuncios de los Juzgados, tal y como establece el artículo 6.2 de la LORTAD, no es preciso el consentimiento del afectado"*.

En relación con los requisitos para la inclusión de incidencias, con carácter general, y de acuerdo con los criterios del artículo 4 de la LOPD, únicamente podrían incorporarse aquellos datos que, siendo adecuados, pertinentes y no excesivos, supongan la existencia de una información exacta, en cumplimiento de lo que dispone el citado artículo 4 y que se encuentre puesta al día de forma que responda con veracidad a la situación actual del afectado.

Como señala la Agencia de Protección de Datos, derivadas de la inspección de oficio realizada en este sector en el año 1998 y publicadas en las memorias

del año 1999, los requisitos para la inclusión de incidencias en este tipo de ficheros, son:

- a) No pueden incorporarse a estos ficheros datos personales que supongan una información sesgada de aquellos que aparecen publicados.
- b) Únicamente podrían incorporarse aquellos datos que supongan la existencia de una información exacta, con lo que ello supone respecto a la firmeza y a la naturaleza de las resoluciones judiciales en las que se contiene.
- c) No podrán incorporarse a los ficheros automatizados aquellas informaciones que por su naturaleza y circunstancias no permitan una identificación completa del interesado, de tal forma que pueda ser informado, y que pueda ejercitar sus derechos de acceso y rectificación en los términos que se señalan en la Ley Orgánica. Con lo cual deben despreciarse los datos publicados que no contengan datos de domicilio. En este sentido debe destacarse que el acceso a los ficheros que registran información sobre incidencias judiciales publicadas en los boletines oficiales, se realiza habitualmente por coincidencia del domicilio y el nombre del afectado.

Los titulares de los ficheros que incluyan esta clase de datos personales responderán de la exactitud de los datos personales en ellos contenidos, en los términos señalados en la Ley Orgánica, así como del cumplimiento de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Siendo la definición del responsable del fichero, dispuesta en el artículo 3.d) de la LOPD, la siguiente: "*Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*". Es, en este caso, el responsable del fichero de solvencia, quien facilita la información a las entidades destinatarias, quien mantiene la titularidad sobre el fichero y es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, por cuanto es este responsable quien tiene la potestad de efectuar las altas, bajas y demás modificaciones de los datos integrantes del fichero y es quien determina y delimita el uso que pueda darse de aquel.

Por tanto, el responsable del fichero de solvencia patrimonial y crédito, deberá cumplir con las normas de calidad de datos, en virtud de las cuales deberá incluir datos de carácter personal exactos y no excesivos, deberá mantenerlos actualizados (según los términos señalados a continuación), cancelarlos cuando haya cumplido el periodo de seis años (en virtud de lo establecido en el artículo 29.4 de la LOPD), deberá rectificar y modificar los datos exactos, atender los derechos ejercitados por los interesados -incluido el cumplimiento del artículo 29.3 de la LOPD, que dispone que el responsable del tratamiento deberá comunicar, a solicitud del interesado, las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos-.

Al igual que sucede con los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, en los que se exige a la entidad acreedora, suministradora del dato al fichero común, la observancia de una especial diligencia, en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, es el responsable del fichero quien debe mantener esta diligencia especial, ya que la incorporación a un fichero de solvencia patrimonial y crédito, en cuanto ello supone de limitación para la esfera de actuación personal, al utilizarse datos erróneos, desactualizados o inexac-

tos para juzgar la capacidad económica de una persona, la identidad de los titulares de las deudas, siendo posible imputarle a una persona física distinta del verdadero deudor.

Con relación al cumplimiento de las normas de calidad de los datos, en la obtención de información, cabe destacar la confirmación de la Audiencia Nacional del criterio mantenido por la Agencia de Protección de Datos respecto a obtención de información por parte de un responsable de un fichero de solvencia en virtud de la amistad con miembros del personal auxiliar de determinados Juzgados (hecho calificado por la Agencia como muy grave -artículo 43.4.a), hoy 44.4.a), por infracción del artículo 4.7. "*Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos*". En el fundamento de derecho noveno de la sentencia de 13 de julio de 2001 (nº rec. 0764/1999), la Audiencia señala:

*"Tercera infracción: utilizar datos cuya fuente se encuentra en los Juzgados de ***** y ***** gracias a las relaciones de amistad con los miembros del personal auxiliar de los Juzgados. Falta tipificada en el art. 43.4.a) -(hoy 44.4.a) de la LOPD)- en relación con el art. 4.7, como falta muy grave con multa de 100.000.000 ptas -601.012,10€-, conforme al art. 44.3.*

*Sanción esta última que ha de confirmarse puesto que consta en el acta de inspección I/**/**, levantada con fecha 11/03/1998 suscrita con el representante de ****, D. **, quien manifestó que los datos son obtenidos de los Boletines Oficiales, de Registros y de Juzgados, recabándose estos últimos de los tabloneros de anuncios y "de amistad con los miembros del personal auxiliar de los Juzgados de **** y *****".*

*Manifestaciones que fueron realizadas de forma libre y voluntaria por el Sr. **, y que aunque si bien no ha podido determinarse el número de registros obtenidos con este ilegal procedimiento, en el acta levantada con fecha 3 de junio de 1998 se acredita que de un total de 100.826 registros en que ha quedado reducido el fichero, después de haber cancelado 194.084 registros, 54.737 tienen su origen en el Registro de la Propiedad, 27.638 consta como fuentes los Juzgados y 18.451 presentan el campo relativo a la fuente como vacío, sin que la imputada haya podido acreditar su origen.*

No cabe duda alguna, sin que quepa efectuar mayor razonamiento, que la obtención de datos personales que obran en procedimientos de tramitación en los correspondientes órganos jurisdiccionales por razón de amistad con el personal auxiliar que presta sus servicios en el mismo, debe ser calificada como de fraudulenta o ilícita de acuerdo a lo establecido en el art. 4.7 de la LORTAD (hoy art. 4.7. de la LOPD)".

En relación a la notificación de inclusión, debemos destacar la redacción de la anterior legislación, dispuesta en el artículo 28.1. de la LORTAD, cuyo tenor literal es: "*Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de naturaleza personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Podrán tratarse, igualmente, datos de carácter personal, relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los afectados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros automatizados*

, 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." Los responsables de los ficheros de esta naturaleza y la Agencia de Protección de Datos mantuvieron posturas contrarias relativas al deber de notificación en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, sosteniendo aquellos que de la interpretación literal del citado artículo 28 de la LORTAD, obligación de notificar únicamente la detentan los responsables de los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias (o registros de morosos, del artículo 29.2. de la LOPD) y no así los ficheros de solvencia patrimonial y crédito (del artículo 29.1 de la LOPD).

No obstante, la Agencia de Protección de Datos mantenía el criterio de que la obligación de notificación de inclusión es predicable de todos los supuestos recogidos en el artículo 28 de la LORTAD, esto es, tanto para los ficheros de evaluación de solvencia patrimonial como para los ficheros de morosos.

Las argumentaciones de la Agencia de Protección de Datos, pueden resumirse en las siguientes:

1) Con la rúbrica del artículo 28 «Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito» parece que el legislador quiere seguir un criterio integrador que unificará todos los ficheros del artículo 28, a efectos de la exigencia de notificación al afectado.

2) Al estar comprendidos los dos tipos de ficheros en un mismo párrafo, la exigencia de notificación afecta por igual a todos los supuestos allí contemplados. Además de entender el legislador que la notificación al afectado sólo es preceptiva en el caso de los ficheros de morosos, habría empleado el singular «en este caso» y no el plural «en estos casos», más bien expresivo de la preceptividad de la notificación a todos los supuestos contemplados en el artículo 28.1.

3) De los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la LORTAD se desprende que la intención del legislador era que la notificación fuera preceptiva para todos los supuestos del artículo 28.1, toda vez que fue rechazada la enmienda número 262 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que proponía una adición al artículo 28.1 de la Ley, facultando a la Agencia de Protección de Datos a que dispensara de la notificación cuando ésta resultara imposible o exigiera esfuerzos desproporcionados, y tal dispensa afectaba a todo el apartado anterior, es decir, a las dos clases de ficheros que tienen cabida en el apartado 1 del repetido artículo 28.

4) El deber legal de notificación adquiere un significado instrumental para hacer valer (y sin el cual no se podrían hacer valer) los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación recogidos en los artículos 13, 14 y 15 de la LORTAD (artículo 28.1 *in fine*), por lo que, si no se exigiera tal deber de notificación, el derecho fundamental a la intimidad, tal y como aparece recogido en el artículo 18 de la Constitución, quedaría vaciado de contenido.

No obstante, los criterios mantenidos por los Tribunales Superiores de Justicia de lo Contencioso-Administrativo (tribunales competentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la que se declara competente en esta ma-

teria a la Audiencia Nacional) y por la propia Audiencia Nacional no siempre han coincidido con los sostenidos por la Agencia sobre este tema, si bien tampoco entre las propias sentencias de los Tribunales se ha mantenido siempre la misma unidad de criterios.

Como señala la Agencia de Protección de Datos, pueden destacarse tres tipos de criterios diferentes, según la Sección que conociera el asunto:

1.- Criterio mantenido con carácter general por la Sección 8ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que establece la no obligatoriedad del responsable del fichero de notificar al afectado su inclusión en un fichero de solvencia patrimonial y crédito cuando sus datos han sido obtenidos de fuentes accesibles al público o proceden de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento (Sentencias nº 480 de 21 de julio de 1999 y nº 572 de 29 de septiembre de 1999).

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de noviembre de 2001 (nº rec. 531/2000), indica que: «En relación con el citado artículo 28.1 de la Ley Orgánica 5/1992 y poniéndolo en relación con lo que dispone ahora el artículo 29.2 de la Ley orgánica 15/1999 -que aunque no es aplicable al caso se trae a colación a efectos meramente interpretativos del precepto anterior-, esta Sala tiene declarado que la exigencia de notificación a los interesados solo opera cuando se trata de datos que versen sobre el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias y que hayan sido facilitados por el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés; y que, por tanto, la notificación no resulta exigible cuando se trate de datos provenientes de una fuente accesible al público. En este sentido puede verse, entre otras, nuestra sentencia de 29 de junio de 2001 (recurso 1012/99), en la que se citan además las sentencias dictadas en la misma línea por la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 17 de febrero de 1999 (recurso 1875/96), 9 de febrero de 2000 (recurso 1036/97) y 29 de marzo de 2000 (recurso 1305/97)».

Además, en el mismo sentido cabe citar las siguientes sentencias de la Audiencia Nacional: Sentencia de 29 de septiembre de 2000 (nº rec. 940/1999), Sentencia de 29 de marzo de 2000 (nº rec. 1305/1997) y Sentencia de 29 de junio de 2001 (nº rec. 1012/1999).

2.- Posición mantenida por la Sección Novena del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que destaca que la obligación de notificar la inclusión en un fichero sobre solvencia, aun cuando se trate de datos provenientes de fuentes accesibles al público, constituye una obligación legal, por imponerle así el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992 (Sentencias nº 689, de 22 de junio de 1999).

Así, la Sentencia nº 145, de 13 de febrero de 2003, establece, en su fundamento de derecho segundo, que: «La Sala entiende que refiriéndose el inciso primero a una actividad (prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito) y el inciso segundo a otra (prestación de servicios de información sobre el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias), el inciso tercero se debe referir a los dos en cuanto que se refiere a que "en estos casos se notificará a los afectados". Lo dicho viene a confirmarse por el hecho de que si la Ley sólo hubiera querido imponer la obligación al segundo inciso, hubiera separado estos dos últimos incisos del primero.

Por otro lado, predicar la obligación de comunicar los datos sólo y exclusivamente cuando la actividad empresarial se refiere al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, supone hacer recaer sobre este tipo de ficheros la obligación legal de notificar la inclusión de datos personales haciendo de este modo imposible de cumplir los derechos fundamentales de información, acceso, rectificación y cancelación de datos personales que asisten a los ciudadanos, recogidos en el Título III de la Ley Orgánica. Por otro lado, se debe tener en cuenta que el titular del fichero en que se introduzcan datos procedentes de Boletines Oficiales, vienen obligados a responder de la exactitud de dichos datos y de posibilitar la información a los interesados tanto si se refieren a datos referidos a la solvencia patrimonial y al crédito como si se refieren al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

En resumen, entiende la Sección que la comunicación es necesaria en todo caso pues así lo dispone el artículo 28.1 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor la empresa, tanto si se dedica a facilitar información relativa al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, notificará a los afectados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros automatizados una referencia de los que hubiesen sido incluidos."

Esta última sentencia señala que con la nueva legislación -LOPD- esta obligación no es exigible al responsable del fichero:

"Pues bien, entiende la Sección que la nueva redacción obliga a considerar que la notificación a los interesados de los datos que hubieren sido incluidos en los ficheros sólo puede predicarse en el caso del apartado 2 del precepto, esto es en el caso de los datos "facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés", pues claramente sólo incluye tal obligación en el supuesto del apartado 2, pero no en el caso contemplado en el apartado 1, con independencia de las previsiones que se establecen en el apartado 3 del citado precepto".

3.- Posición mantenida por la Sección Octava del citado Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 26 de mayo de 1999, que si bien excluye de notificación los supuestos del artículo 28.1 (ficheros de solvencia patrimonial y crédito) cuando los datos se hayan obtenido de fuentes accesibles al público o cuando provengan de informaciones suministradas por el afectado o con su consentimiento, de hecho y en la práctica, el cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 4.3 «datos exactos y puestos al día», (principio de veracidad), implica la obligación de notificar al afectado el registro de sus datos cualesquiera que sea la fuente de la que se obtengan.

Interesa resaltar a este respecto la argumentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de enero de 2001 (nº de rec. 939/1999), al indicar que: *"En este contexto es en el que ha de interpretarse el párrafo 1 del artículo 28 de la Ley 5/92, sin admitirse diferenciaciones no queridas por la norma, habida cuenta que si tal hubiera sido su intención en tal sentido lo hubiera realizado, como ha venido a hacerlo el nuevo artículo 29 de la Ley 15/99, de 13 de diciembre, cuando la notificación en plazo de treinta días se reserva para los datos del cumplimiento o no de las obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Consecuente con ello sería, como pretende el actor, de aplicación lo dispuesto en el*

artículo 128 de la Ley 30/92 de 26-XI, y 4.1 del R.D. 1398/93, amén del 9.3 de la CE., así como la STS 3ª, 3ª, de 5-V-97, al presente supuesto, es decir, la aplicación de la retroactividad de norma posterior que favoreciera al presunto infractor; pero la referida argumentación decae, por cuanto el artículo 5.4 de la nueva Ley 15/99 establece la obligatoriedad de la notificación o información al no haberse obtenido los datos de carácter personal del propio interesado, siendo por ello congruente la anterior regulación del artículo 28 y la actual conjuntada de los artículos 5 y 29". (En el mismo sentido, se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de enero de 2001 -nº rec. 629/1999-).

Con la entrada en vigor de la LOPD, se desvanecen las dudas interpretativas acerca de la exigencia de la notificación en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, no obstante y a la luz de las últimas sentencias de la Audiencia Nacional, cabe señalar que si bien no es exigible la realización de la notificación a que se refieren los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias, sí debe cumplirse con el derecho de información establecido en el apartado 4 del artículo 5.

A este respecto, la Agencia de Protección de Datos, en las Resoluciones emitidas por su Director (R/00036/2001, de 13 de febrero; R/00086/2001, de 3 de abril y R/00079/2001, de 27 de marzo; entre otras), indica, respecto al cumplimiento del principio de información en los ficheros del artículo 29.1 de la LOPD, que:

a) Si la información ha sido facilitada por el interesado o por quien actúe por su cuenta o interés: cabe preguntarse en todos estos supuestos cómo se obtendrá el consentimiento de los afectados, toda vez que el legislador no precisa que pueda hacerse sin su consentimiento. Así, en el último supuesto señalado «... procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento», es evidente la existencia del mismo, debiendo destacarse que para que el consentimiento responda a la definición que del mismo establece el artículo 3.h) LOPD, es condición inexcusable que se informe al interesado en los términos que precisa el artículo 5 de la propia ley, derecho a la información en la recogida de datos que el legislador amplía y refuerza en relación con las previsiones que al respecto contenía la LORTAD.

b) Si la información ha sido obtenida de registros y de las fuentes de acceso público: en los supuestos de datos obtenidos de los registros y de las fuentes accesibles al público es evidente que no se precisará el consentimiento previo toda vez que, a los efectos del artículo 29.1, el legislador añade los registros a las fuentes accesibles al público, si bien hay que resaltar que pese a la no necesidad del consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, el legislador de 1999 viene a exigir en estos supuestos que el «tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado». Aquí se entronca directamente con otro de los principios de protección de datos, el de finalidad, que junto con el de información y consentimiento configuran la auténtica columna vertebral del derecho fundamental a la protección de datos. En virtud del artículo 4.2 LOPD, los datos personales no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellos para los que los datos hubieran sido recogidos. Parece, a primera vista, que este segun-

do apartado del artículo 4 debilita el principio de finalidad, dada la indeterminación del término «finalidades incompatibles», pero ello no es así. Piénsese que quien ha de consentir debe ser previamente informado de la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y de las consecuencias de la obtención de los datos o negativa a suministrarlos. Y en el supuesto de la obtención de datos de fuentes accesibles al público, lo primero que se observa es que aquellos son públicos, es decir, accesibles al conocimiento de terceros, pero además en estos casos habrá de informarse al interesado de forma expresa, precisa e inequívoca por el responsable del fichero o su representante dentro de los tres meses siguientes al momento de registro de datos, de la procedencia de los mismos, del contenido del tratamiento, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del artículo 5 de la LOPD, ya que el interesado viene expresamente habilitado para poder oponerse al tratamiento en los términos que habilita el artículo 6.4 LOPD, como también ejercitar los derechos de impugnación de valoraciones, rectificación y cancelación.

Debemos también destacar, en relación a la actualización de datos, que, de acuerdo con los criterios establecidos por las normas de calidad de datos, únicamente podrían incorporarse aquellos datos que, siendo adecuados, pertinentes y no excesivos, supongan la existencia de una información exacta, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 4.3 de la LOPD, y que se encuentre puesta al día de forma que responda con veracidad a la situación actual del afectado.

Como hemos aludido con anterioridad, es el responsable del fichero de solvencia quien tiene la obligación de mantener actualizada la información que obra en su fichero. Para ello, y con relación a la información obtenida de fuentes accesibles al público, tendrá la obligación de registrar todas las actualizaciones posteriores que se publiquen en las citadas fuentes -incidencias que posteriormente se vayan produciendo-, incurriendo, en caso contrario, en una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, sancionada con carácter grave -artículo 44.3.d) o 44.3.f)- que conlleva multas de 60.101,21 euros a 300.506,05 euros.

Lo mismo cabe decir de los datos obtenidos de los registros. Sin embargo, para la información recabada del interesado o con su autorización, debe acudir a las normas generales del consentimiento para la evaluación de los criterios de actualización exigibles.

Con relación a la diligencia que deben observar los responsables de los ficheros de solvencia, en la Resolución nº R/00021/1998, la Agencia de Protección de Datos señala que *«no se puede pretender alegar la imposibilidad de conocer la actualización de los datos en un sistema creado por ellos mismos, incumpliendo las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1992 -hoy Ley Orgánica 15/1999- (...) hay que cumplir y asegurarse, en consecuencia, que (los ficheros amparados en el artículo 28 -hoy artículo 29.1-) pueden cumplir las disposiciones legales aplicables, más aún, cuando los datos van a ser utilizados para enjuiciar la solvencia y la capacidad económica de una persona y la transcendencia que para ello tiene la calidad de los datos. El hecho de que los datos hayan sido publicados en una fuente accesible al público no puede ir en contra de que dichos datos sean actualizados, es decir, puestos al día si no responden con veracidad a la situación real del afectado.»*

En este mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional. Cabe citar como ejemplo, una sentencia (nº rec. 1020/1999), en la que argumenta que: *"En esencia, lo que se imputa por la Agencia es que la entidad sancionada no puede registrar como cantidad adeudada la suma de la totalidad de las cantidades publicadas sin discriminar cantidad y persona deudora, puesto que asume voluntaria y conscientemente el riesgo de faltar a la veracidad y exactitud de la anotación (...) lo que se reprocha no es que la suma a la que se hace referencia tenga su base en el tipo de la subasta y no en la deuda, sino en el hecho de que la entidad registre como suma adeudada la suma de los tipos de la subasta, sin distinguir cantidad y persona deudora, lo que supone el mantenimiento de un dato inexacto (no se imputa la no realización de rectificaciones o cancelaciones) pues ante la insuficiencia de la información facilitada por el Boletín, lo que no puede hacerse es realizar anotación de la que pueda inferirse que D **** respondía de la totalidad de la cantidad; con ello se responde a la alegación de falta de culpa, pues la entidad por falta de diligencia esta asumiendo el riesgo de inexactitud de datos lo que es suficiente para que se entienda cumplido el principio de culpabilidad. Parecer que es compartido por la Sala".*

Podemos concluir señalando que, al igual que sucede con las entidades acreedoras, participantes en los ficheros comunes de incumplimiento de obligaciones dinerarias, en estos casos, al responsable del fichero de solvencia se le exige la observancia de una especial diligencia, dada la limitación que la inclusión de datos personales en este tipo de ficheros puede suponer para la esfera personal y patrimonial del afectado.

Con respecto a la cancelación de los datos, el criterio establecido por la Agencia de Protección de Datos, en sus distintas Resoluciones, establece como cómputo del plazo de los seis años la fecha en que los datos son publicados (Resoluciones nº R/00197/1998, R/0072/1999, R/00172/1999 y R/00198/2000, entre otras).

Así, en las citadas Resoluciones, la Agencia señala que para este tipo de datos, cuando son adversos, debe estimarse un período máximo de permanencia en ficheros de seis años, en aplicación de lo dispuesto en el actual artículo 29.4 de la LOPD, siendo el problema principal el de establecer el cómputo de dicho plazo. Dado que la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, establece el cómputo del plazo de seis años para el tratamiento de datos de carácter personal relativos al cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, señalando que podrán tratarse dichos datos siempre que sean facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, en casos como los de los ficheros de solvencia, no pueden computarse los seis años ni desde la fecha del último vencimiento incumplido (que en muchos casos se desconoce), ni desde la fecha de inclusión del dato en el fichero (que puede ser muy posterior a la fecha de publicación del dato o datos en la fuente de acceso público). Por tanto, dado que los datos se recogen de una fuente de acceso público, el plazo de seis años a que se refiere el artículo 29.4 de la LOPD debe computarse desde la fecha en que los datos son publicados y se hacen accesibles al público en general.

Por su parte, la Sentencia nº 4414/1999, de 1 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (nº rec. 630/1999), ha mantenido este mismo criterio, al establecer que:

"Aun admitiendo que la redacción del art 28.3-hoy artículo 29.4- no es demasiado afortunada, resulta claro lo que allí se determina: que cuando los datos de carácter personal relevantes para enjuiciar la solvencia sean adversos -y siempre lo son cuando reflejan una situación de morosidad o insolvencia-, el registro de tales datos nunca debe abarcar un período superior a seis años. No cabe equiparar esta limitación temporal del art 28.3 -hoy artículo 29.4- con una suerte de plazo como el de prescripción cuyo cómputo se interrumpiría -para volver a contar luego desde el inicio- cada vez que se produjese una actualización de los datos registrados. Lo que la norma determina es, sencillamente, que el registro de datos del tipo de los mencionados no se proyecte o retrotraiga en el tiempo más allá del límite que la propia norma establece, en el bien entendido de que dicho límite (seis años) es un valor neto cuyo cómputo no es susceptible de interrupciones o períodos de carencia.

*Pues bien, por más que la demandante pretenda que los datos que figuraban en su fichero cuando se realizaron las inspecciones (mayo y julio de 1998) provenían en realidad de la publicación de la sentencia reseñada en el BOCAM de 26/02/92, lo cierto es que en el fichero de "incidencias judiciales" se hacía referencia a la publicación del embargo aparecida en el BOCAM de 26/02/1992, fecha esta del boletín Oficial que aparecía expresamente mencionada en aquel fichero de ***** que incluía datos que se retraían a más de seis años, infringiendo con ello la limitación temporal establecida en el art 28.3 -hoy artículo 29.4- antes citado".*

Por último, cabe señalar, que la Agencia de Protección de Datos ha mantenido el mismo criterio con la vigencia de la actual legislación. Así, en la Resolución n° R/00198/2000, de 26 de julio, manifiesta en su fundamento de derecho cuarto que: *"En el caso del fichero de Incidencias Judiciales, el plazo de seis años se cuenta desde el momento que se publica la sentencia en el Boletín Oficial del Estado o de la Provincia."* Por su parte, en la Resolución n° R/00167/2003, de 24 de abril, señala que: *"Es criterio de esta Agencia que como fecha inicial para el cómputo del plazo de seis años debe tomarse la primera publicación en el Boletín Oficial"*.

Centrándonos en la problemática del llamado "saldo cero", cabe interpretar que, por idénticos razonamientos que los expuestos al referirnos a las particularidades de los ficheros de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, en este tipo de ficheros no pueden registrarse incidencias que ya han sido abonadas, es decir, no podrán señalarse que las incidencias de pago se encuentran "justificadas" o "pagadas", sino que debe cancelarse toda la información perteneciente al interesado (en los términos señalados en el artículo 16 de la LOPD), sin que pueda indicarse, mediante una marca o anotación, la justificación de pago de dicha incidencia.

Estas situaciones de «saldo 0», "justificadas" o "abonadas" eran admitidas al amparo de la LORTAD, debido fundamentalmente a que la aplicación del principio de exactitud de datos para estos ficheros se regulaba mediante la aplicación del principio general de «calidad de datos», contenido en el artículo 4.3. de la referida ley, que dispone que los «datos serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado».

Ahora bien, al introducir el legislador en la LOPD un cambio en dicho artículo 4.3., y exigir que los datos deben responder con veracidad a la situación actual

del afectado y, en concreto, para el tipo de ficheros que estamos tratando (artículo 29.4 de la LOPD respecto a lo dispuesto en el anterior artículo 28.3 de la LORTAD), no cabe, con el texto vigente, el que una persona continúe figurando en un fichero de solvencia patrimonial y crédito con deudas ya pagadas, ni aun figurando con el saldo impagado nulo o cero, pues ello implicaría reconocer como deudor a alguien que ya no lo es, no siendo por tanto la situación actual la reflejada por el fichero.

En este sentido se ha pronunciado la Agencia de Protección de Datos, criterio que, a su vez, ha sido confirmado por la Audiencia Nacional. Así, en su sentencia de 7 de junio de 2002 -n° rec. 798/2001- mantiene los mismos argumentos interpretativos señalados en los recursos 656/2001, 602/2001 y 711/2001 a los que hemos aludido con anterioridad, añadiendo, en su fundamento de derecho tercero, que:

"(...) La única finalidad que tiene el mantenimiento en un registro de solvencia patrimonial, a instancias de la entidad informante (responsable del fichero de solvencia) y hoy recurrente, de los datos de quien no tiene deudas, con el término "saldo 0", es informar de su morosidad anterior, recordar sus deudas pasadas, lo que resulta incompatible con la situación "actual" del afectado, que establece el artículo 4.3 de la Ley Orgánica.

Téngase en cuenta que lo real es lo que tiene existencia verdadera y efectiva y lo actual lo que sucede en el tiempo presente, por lo que el "saldo 0" refleja el estado real de una deuda cancelada, pero no la existencia actual de la misma, que no existe".

El incumplimiento de esta medida supone la comisión de una infracción del artículo 29.4, en relación con el 4.3 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 f) de dicha norma.

Con motivo de la inspección de oficio efectuada por la Agencia de Protección de Datos en el año 1998 a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, en las memorias del año 1999, publicó las siguientes recomendaciones relacionadas con los ficheros de solvencia:

Estos ficheros, además de serles de aplicación las recomendaciones señaladas en los números 5 a) y b), 6 y 8 de las recomendaciones relativas a los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias, deberán también ajustar su actuación a las siguientes:

1.- Habiéndose constatado que, en ocasiones, estos ficheros no reflejan la información debidamente actualizada, se deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que la información que aparece en los mismos se refleje de forma exacta y actualizada a fin de garantizar el principio de calidad de datos, así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Criterio confirmado por la Audiencia Nacional, entre otras, por Sentencia de 25 de mayo de 2001 (n° rec. 82/2000).

2.- No podrán consignarse en el fichero datos que permitan confundir el importe de la deuda con los publicados en la fuente accesible al público, tales como el tipo de subasta. Criterio confirmado por la Audiencia Nacional, entre otras, por Sentencia de 12 de enero de 2001 (n° rec. 1020/1999).

3.- Tampoco podrán consignarse los datos referidos a personas físicas que no sean deudores reales, tales como cotitulares, administradores no responsables o personas no identificadas inequívocamente.

5.- RECOMENDACIONES. DOCUMENTO SOBRE LAS LISTAS NEGRAS DEL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE

El Grupo de trabajo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata del órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada. Sus tareas se definen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 14 de la Directiva 97/66/CE.

Tal y como señala el documento sobre listas negras, éste ha sido elaborado en base a la información facilitada por las autoridades de control de los Estados miembros de la Unión Europea a través de un proceso de consulta interna entre los miembros del Grupo de Trabajo del artículo 29 y en la que se identificaron las principales categorías o tipologías de las mismas y sus características más importantes.

El resultado de dicha consulta muestra la existencia generalizada y regulada de determinados tipos de «listas negras», a saber, las relativas a ficheros de deudas, a infracciones criminales o las relativas a la detección del fraude que, de algún modo, encuentran apoyatura o base legal en distintas regulaciones nacionales. Asimismo, existen otros tipos de «listas negras» cuya existencia no es tan universal como la de las anteriores y, en el caso de que exista, su regulación no es en modo alguno uniforme. Entre ellas se pueden mencionar como más significativas las relativas a infracciones administrativas, negligencias cometidas en ámbitos profesionales, ficheros de carácter laboral o ficheros que incorporan información sobre determinadas conductas individuales que son consideradas inadecuadas por determinados sectores sociales.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 define, de forma genérica, el concepto de lista negra como la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación.

Como señala la Agencia de Protección de Datos en su memoria del año 2002, tras el análisis realizado en el documento, se extraen dos conclusiones fundamentales: de una parte, los claros efectos perjudiciales de esta tipología de ficheros en la esfera privada y social de los individuos y, de otra, la existencia de profundas diferencias en la regulación de la tipología de ficheros en cada uno de los Estados miembros. De ahí la importancia de destacar, en términos generales, la conveniencia de disponer de criterios uniformes y armonizados que arbitren fórmulas que garanticen a los afectados el ejercicio de los derechos reconocidos en la normativa que protege el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales.

A continuación reproducimos el documento sobre listas negras referido a los ficheros de deudores y servicios de información de solvencia patrimonial y crédito:

"Estos ficheros son, quizá, las listas negras que más influencia tienen en un número elevado de ciudadanos y cuya existencia se puede constatar en todos los Estados miembros. También es cierto que son los tratamientos de datos personales los que, en general, suscitan un mayor número de reclamaciones a las autoridades de control de protección de datos europeas.

El primer aspecto que debemos mencionar respecto de estos ficheros es la existencia de diversos tipos de regulación en la totalidad de los Estados miembros. En algunos casos se contiene en la normativa de transposición de la Directiva 95/46/CE. Cabe señalar que en algunos Estados miembros la legislación sobre protección de datos se aplica también a las personas jurídicas, mientras que en otros aparece en normativas sectoriales de carácter comercial o financiero. No se trata, por lo tanto, de valorar o enjuiciar la legitimidad de la existencia de tales ficheros, que como se ha señalado disponen de base jurídica en los respectivos Estados Miembros, sino de analizar su aplicación y puesta en práctica.

Estas actividades suponen la concertación entre distintos empresarios para transmitirse entre sí, generalmente por medio de una entidad centralizadora, informaciones sobre los clientes, las cuales inciden en las condiciones comerciales o de servicio, de forma directa y significativa. La regulación legal de estas listas se basa en la necesidad de las empresas de contar con información que les permita evaluar los riesgos cuando aceptan prestar un servicio o entregar un bien a crédito y cumplen, de esta manera, también una función de estabilidad y saneamiento del tráfico mercantil.

Por otra parte, cabría hacer una clara distinción entre los ficheros que se denominan ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito y aquellos destinados a facilitar información relativa al incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Los primeros están destinados a la evaluación de las posibilidades económicas y financieras de una persona para hacer frente a una futura obligación crediticia. Los segundos almacenan datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, con el objetivo de conocer la existencia de anteriores obligaciones impagadas por una persona determinada, lo que de existir, lógicamente, lleva consigo una valoración negativa a la hora de otorgar un nuevo crédito.

En el caso de ficheros en los que se recoge el historial positivo de los pagos de una persona (incluso prohibido en algún Estado miembro, dado que el cumplimiento por parte del deudor de su obligación no supone riesgo alguno para la estabilidad del sistema financiero ni, en principio, dicha comunicación es necesaria para llevar a buen fin una relación contractual entre las partes), la inclusión de esos datos en ficheros comunes debería legitimarse bien en la existencia de legislación que así lo prevea (por ejemplo, para posibilitar a las autoridades financieras competentes evaluar el riesgo general asumido por las entidades financieras) o bien en la existencia de un consentimiento libre, inequívoco, específico e informado por parte del afectado.

En cualquier caso, este tipo de ficheros se ha mencionado aquí ya que conviene tener en cuenta que aunque esta tipología de ficheros comunes relativos a historiales positivos no persiguen la finalidad de estigmatizar a un grupo de personas, objetivo de los ficheros de «listas negras», lo cierto es que su generalización conduciría al mismo resultado a través de una discriminación positiva (quien está en la lista es bueno, quien no está es malo o, al menos, sospechoso).

En el caso de los ficheros relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias habría que distinguir a su vez dos tipos de ficheros: en primer término, el fichero del acreedor, en el que éste registra las incidencias de pago que se han ido produciendo respecto de un determinado deudor y cuya fuente es el desenvolvimiento de la relación contractual que mantiene con el deudor. En segundo lugar, el denominado fichero común, cuyo responsable es una entidad dedicada a la información sobre solvencia y crédito, a la que el acreedor facilita los datos.

Estos ficheros son los conocidos como «ficheros de deudores». Generalmente, se trata de casos en los que varias entidades (en ocasiones integradas en un solo sector, en otras con un espectro más amplio) celebran un convenio con una tercera empresa en virtud del cual se comprometen a comunicar a dicha entidad las incidencias que tengan con los clientes que no satisfagan sus créditos, siendo dichas incidencias incorporadas al fichero común de morosidad que el responsable pondrá a disposición de los intervinientes, que podrán utilizar dichos datos a la hora de valorar las distintas opciones de crédito que se les planteen.

Este tipo de ficheros, de especial relevancia, ya que comparten y centralizan información, así como su acceso a la misma por parte de las entidades o compañías participantes, constituyen auténticas listas negras de personas que en un momento u otro no han hecho frente adecuadamente a los compromisos financieros que previamente habían asumido.

La legitimación para la inclusión de información en los mismos deberá basarse bien en la existencia de determinadas cláusulas contractuales que autoricen al acreedor a comunicar los datos de incumplimiento a un fichero común cuando el mismo se produzca, o bien y fundamentalmente, en la existencia de un interés legítimo del responsable del fichero para conocer la posible existencia de impagos por parte de una persona que acude a solicitarle un crédito.

Es la existencia pues de este interés legítimo de preservación y estabilidad del sistema financiero el que legitima la comunicación a terceros de estas informaciones, si bien dicha comunicación, con graves efectos adversos para el interesado, debe realizarse cumpliendo los principios de la Directiva y someterse a determinadas garantías que salvaguarden también los legítimos derechos de los afectados”.

Es, pues, este equilibrio de intereses el que exige que la difusión de datos que puedan acarrear efectos adversos para el interesado, se condicione al cumplimiento de una serie de requisitos y de garantías que se recogen en la Directiva y en la normativa de los Estados miembros.

En primer lugar, deben ser tenidos en cuenta los principios relativos a la calidad de los datos, contenidos en el artículo 6 de la Directiva, lo cual implica básicamente lo siguiente:

Es necesaria la existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada, así como el requerimiento de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

La información incorporada en el fichero debe ser exacta y actualizada. En este apartado adquiere gran relevancia el aspecto relativo al mantenimiento o eliminación de la anotación relativa a una deuda determinada una vez que la misma ha sido satisfecha. En este punto, aunque se percibe una unidad de criterio en la necesidad de limitar temporalmente la permanencia de datos negativos en estos ficheros, hay que destacar que no existe un criterio unánime en la determinación de dicho periodo y los distintos Estados miembros han abordado este problema desde distintas perspectivas. En algunos de ellos no es posible el mantenimiento de dicha anotación una vez que el moroso ha pagado la deuda, aunque lo haya hecho de forma tardía, mientras que en otros sí resulta posible mantener la información durante un periodo máximo que también varía entre los distintos países. No obstante estas divergencias, lo que sí es evidente es que el periodo de mantenimiento se establece también en los acuerdos contractuales celebrados entre el acreedor y el deudor, aunque no puede prolongarse más allá de este periodo máximo. El principio de actualización de la información obliga a reflejar claramente el hecho de que la deuda ha sido satisfecha, aun cuando el apunte relativo al impago se mantenga más allá de dicho pago.

Puesto que la información que se incluye en el fichero común no procede del interesado, debe facilitársele la información prevista en el artículo 11 de la Directiva en cuanto sus datos personales se incluyan en el mismo. Para que dicha información sea correcta, deberán adoptarse aquellos medios razonables que garanticen la recepción de la notificación por parte del interesado. Dicha notificación garantiza su derecho a defenderse y evita, de esta forma, posibles errores (como, por ejemplo, los relativos a la identificación del afectado o la inclusión de deudas que el afectado no paga porque no está de acuerdo con el importe o el servicio que se le ha prestado).

Otro aspecto de capital importancia es la necesidad de garantizar en toda su extensión el derecho de acceso de los ciudadanos a los datos que obran en estos ficheros y los de rectificación y cancelación en aquellos casos en los que existan errores en la información contenida o, simplemente, se incluyeran datos que no debieran figurar en el fichero. La obstaculización o la negación de estos derechos (por ejemplo, remitiendo al ciudadano a un peregrinaje entre distintos responsables u ofreciéndole información incomprensible) constituye una práctica inaceptable que atenta contra la necesaria transparencia en el funcionamiento de estos ficheros. Por tanto, al notificar la inclusión de datos personales a los ciudadanos, debería nombrarse a un único interlocutor capaz de proporcionar toda la información pertinente y ocuparse del ejercicio de los derechos por el interesado.

También debemos señalar otro aspecto relevante respecto de este tipo de ficheros, el relativo a las decisiones individuales automatizadas a las que hace referencia el artículo 15 de la Directiva. Dada la generalización en las entidades financieras de programas informáticos que proporcionan valoraciones respecto de la idoneidad o no de una persona determinada para ser el destinatario de un crédito («credit scoring»), la necesidad de recordar las garantías del mencionado artículo 15 es imprescindible. Estas garantías se concretan en el derecho de una persona a no verse sometida a este tipo de decisiones, excepción hecha de

aquellas previstas en una ley, salvo que la misma se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato a petición del interesado o existan previsiones que le permitan defender su interés legítimo como, por ejemplo, defender su punto de vista. Además, hay que recordar también que, en conexión con este tipo de decisiones, el artículo 12 de la Directiva establece el derecho de los ciudadanos a conocer la lógica utilizada en los tratamientos automatizados que llevan a la toma de este tipo de decisiones.

Las conclusiones del Grupo de Trabajo del artículo 29, a la luz del análisis de la Agencia de Protección de Datos en las memorias citadas, recomiendan que sería precisa una armonización en los aspectos siguientes:

1) Determinar de forma clara y transparente la tipología de datos personales susceptibles de ser tratados, la finalidad de su tratamiento y las garantías a disposición de los afectados (es decir, establecimiento de sistemas de verificación e instrumentos de control de la información tratada), así como las circunstancias y supuestos en los que se permite dicha inclusión. Ello debería articularse en el marco de los principios de legitimación del tratamiento contenidos en el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE.

2) Actualizar la información. Sería de gran importancia tratar de definir parámetros generales que permitan uniformizar plazos de conservación o bloqueo de los datos contenidos en los ficheros. La falta de transparencia en relación con este principio de calidad de datos consagrado en la Directiva puede conducir a una absoluta indefensión del afectado, debido a la inexistencia de mecanismos que a posteriori puedan subsanar el daño causado (es decir, en supuestos de comunicación de datos a terceros sin el conocimiento del afectado). Habría que eliminar las diferencias de criterio existentes en la actualidad en los Estados miembros, facilitando la labor de los operadores económicos en el marco del derecho de la competencia, en línea con lo dispuesto en el considerando 7 de la Directiva 95/46/CE.

3) Establecer claramente el derecho del interesado a ser informado acerca del tratamiento de sus datos personales en estos ficheros o listas. Cuando se viola este principio capital, se produce una total indefensión del ciudadano, ya que ni siquiera tiene conocimiento del registro de sus datos personales en una lista negra al no ser él la fuente de los mismos, lo que le impide el ejercicio efectivo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

4) Regular el procedimiento de notificación al afectado, con inclusión de criterios de información en tiempo y forma. Y establecer una clara indicación de las condiciones, en su caso, para que pueda procederse a su comunicación a terceros.

5) Articular mecanismos que incluyan la información que se da al afectado al denegarse un determinado servicio y, en su caso, posibilidades de comprobación y verificación ulteriores por parte del mismo (en el marco de las garantías anteriormente aludidas). De hecho, la Directiva reconoce el derecho del interesado a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos que le afecte de manera significativa y que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar aspectos de su personalidad.

6) Establecer mecanismos que posibiliten la intervención del afectado, así como la posibilidad de que, de forma motivada y ante supuestos litigiosos, pue-

da solicitar la inclusión en el fichero de la oportuna información que acredite su posición al respecto. Otro punto fundamental de máxima importancia en supuestos de ficheros centralizados, comunes y compartidos, es el del establecimiento y aplicación de las medidas de seguridad técnicas y de organización adecuadas, así como las condiciones de acceso a los mismos, obligaciones que recaen en el responsable del tratamiento. Para concluir, dada la trascendencia de este problema, y teniendo en cuenta que existen sectores económicos cruciales (por ejemplo, sector financiero o de telecomunicaciones) en los que la existencia de este tipo de ficheros afecta a un importante número de ciudadanos, el Grupo de Trabajo del artículo 29 desea concienciar a las instituciones comunitarias acerca de la necesidad de avanzar en la línea marcada por las anteriores conclusiones y destacar la necesidad de que en este ámbito existan criterios comunes, directrices o líneas de actuación, en el marco de y de conformidad con la Directiva 95/46/CE y con las respectivas legislaciones internas de los Estados Miembros.

Para concluir, debemos resaltar -a pesar de que la abundante literatura existente sobre esta clase de ficheros pone énfasis en su aspecto negativo en relación a los ciudadanos que alguna vez han sido incluidos en sus listados-, la función positiva que este tipo de ficheros tienen en relación al funcionamiento del sistema crediticio, en la medida que constituyen una fuente de información de primer orden para las entidades crediticias que obstaculiza la realización de operaciones con individuos de credibilidad cuestionable, pero simultáneamente esto redundaría en beneficio de la totalidad del sistema, evitando la canalización de unos recursos escasos a personas que no responden a la confianza en la que el sistema crediticio se basa.

6.- BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Memoria 2002.

DAVARA RODRÍGUEZ, J., *La protección de datos en Europa*, ASNEF-Equifax y Universidad Pontificia Comillas ICADE, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ DE LIS, S. y MARTÍNEZ, J., 'Crédito bancario, morosidad y dotación de provisiones para insolvencias en España', *Boletín Económico*, Banco de España, noviembre 2000.

GRACIANO REGALADO, J.C., 'Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF', *Diario La Ley*, núm. 6223, 4 abril 2005.

PESO NAVARRO, E. Y RAMOS GONZÁLEZ, M.A., *La Seguridad de los Datos de Carácter Personal*. 2ª ed., Madrid, Díaz de Santos, 2002.

SUÑÉ LLIÑAS, E. *Tratado de derecho informático. Vol. 1, Introducción y protección de datos personales*. 2ª ed. Actualizada por Cristina Almuzara Almáida, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones: Instituto Español de Informática y Derecho, Madrid, 2002.

VELEIRO REBOREDO, B. y PUYOL MONTERO, J. 'El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en orden a la protección de datos personales'. *Revista Otrosí*, núm. 59, septiembre 2004.