

LA INCLUSIÓN DE DATOS EN FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL: CUESTIONES CONTROVERTIDAS. CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2010

Including data in files on creditworthiness: controversial issues. Criticism of the Supreme Court judgment of 15 July 2010.

ANTONIO LINARES GUTIÉRREZ

Abogado

alinares@icam.es

Resumen

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos (LOPD), vino a esclarecer las dudas surgidas tras la redacción del art. 29 de LOPD concerniente a los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito y los requisitos para poder incluir una deuda en uno estos ficheros.

Tras el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el real Decreto 1720/ 2007 por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros, se dictó sentencia por el Tribunal Supremo el 15 de julio de 2010 anulando el inciso final del art. 38.1 a) y el art. 38.2, referidos a determinados requisitos para la inclusión de datos en ficheros sobre solvencia patrimonial, como la imposibilidad de cederlos sí se ha planteado algún tipo de reclamación judicial, arbitral, administrativa o ante los comisionados bancarios, ó que existiera un principio de prueba que de forma indiciaria pueda hacer pensar que la deuda no sea cierta, vencida, exigible e impagada. No obstante, se considera que la sentencia referida entra en contradicción con otra normativa ó con consideraciones llevadas a cabo en la misma, adoleciendo de errores conceptuales.

Palabras clave: Protección de datos, Ficheros de Solvencia Patrimonial, Requisitos de inclusión.

Abstract

The RD 1720/2007 of the 21 of December, which approves the regulations on development of the Organic Law 15/1999 of 13 December on the Protection of Personal Data, shedding light on doubts emerged after the redaction of article 29 of the LOPD concerning the files solvency and creditworthiness and the requisites to include a debt in one of these files.

After the appeal filed by way of administrative-contentious law against the Royal Decree 1720/ 2007 by ASNEF (the Spanish bankers' organization), the Supreme Court passed a sentence the 15 of July 2010 canceling the last section of articles . 38.1 a) and . 38.2, referring to requisites for the inclusion of data in files of patrimonial solvency, as well as the impossibility of handing them over if any sort of judicial, arbitral or administrative reclamation has been considered, or in the case of the

existence of any proof which could in the form of evidence give the impression that the debt is false, expired, chargeable and unpaid. However it's considered that the sentence referred, contradicts with other norms or considerations taken by it, having conceptual errors.

Keywords: Protection of Personal Data, Services on creditworthiness and credit, Inclusion requirements.

SUMARIO

1.- Crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010.
1.1.- Nulidad del inciso final del artículo 38.1. a) del reglamento. 1.2.- Nulidad del artículo 38.2 del reglamento. 1.3.- Aplicabilidad de la instrucción 1/ 95 de la AGPD. 2.- Sobre la consideración por parte del T.S. del principio de prueba como prueba de indicios.

1. CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2010

El Tribunal Supremo, mediante sentencia de fecha 15 de julio de 2010¹, procedió a anular parte del articulado del RD 1720/ 2007². Entre otros, el artículo 38.2 así como la frase final del artículo 38.1 .a), referidos a los requisitos para poder inscribir una deuda en los ficheros sobre solvencia patrimonial.

El objeto del presente comentario jurisprudencial es el de valorar de forma objetiva si dicho proceder del Tribunal Supremo entra en contradicción con otra normativa ó con el mismo cuerpo de la sentencia, remitiéndome tal fin a otras normas, a otros autores y a la propia jurisprudencia.

1.1. Nulidad del inciso final del artículo 38.1. a) del reglamento

El artículo 38.1.a) disponía que *"sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero"*.

La redacción dada al artículo 38.1.a) del Reglamento provocó una gran inquietud en los sectores empresariales por un doble motivo. Por un lado podía entenderse que la propia reclamación del acreedor impediría la

¹Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de fecha 15 de julio de 2010, recurso 23/2008, Ponente don Juan Carlos Trillo Alonso.

²Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, publicado en el BOE de 19 Enero 2008.

incorporación de los afectados al fichero de morosidad y, por otro, la imprecisión para su aplicación en el caso de las reclamaciones ante los comisionados para la defensa del cliente.

Por tal motivo, se procedió a recurrir el artículo por parte de la Asociación Nacional de Establecimiento Financieros (ASNEF). Para la recurrente, el artículo impugnado establecía una presunción "iuris et de iure" de que la deuda no es cierta, ni vencida, ni exigible, dejando en manos del afectado el poder convertir unilateralmente en controvertida una deuda que no lo es, lo que a su juicio va en contra del principio de calidad del dato³. El recurso planteado prosperó, dejándose sin efecto parte del artículo 38.1 a), en concreto el siguiente pasaje: "... y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero"..

El Tribunal Supremo basó su decisión, entre otras razones, en la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas, no cumpliéndose con la previsión legal del artículo 4.3 LOPD.⁴

A este respecto, cabe decir que los procedimientos enunciados en el artículo 38.1 a) del Reglamento están perfectamente regulados en nuestro ordenamiento⁵ y si alguno de los mismos no tuviera cabida, a juicio del Tribunal, como es el caso de los Comisionados Bancarios por no tener poder decisorio, bastaría con haberlo eliminado del texto normativo conservando el resto de los procedimientos, dándose así cumplida respuesta a la petición de la recurrente, sin que hubiera afectado aquí a todo tipo de órganos judiciales y arbitrales que sí tienen esa efectividad en sus decisiones.

³RUBÍ NAVARRETE, Jesús: *Las sentencias y autos del tribunal supremo de 15 de julio de 2010 sobre el reglamento de la ley orgánica 15/ 1999 del 13 de septiembre, de protección de datos de carácter personal*. Editorial IDEI, MADRID, 2011

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

⁵En concreto, las reclamaciones judiciales están profusamente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reclamación arbitral en la Ley de Arbitraje 60/ 2003 y si es de consumo, en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y el referido al ámbito puramente financiero, en su momento por el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, el RD 303/2004. Cabe decir que la disposición derogatoria de la Ley 2/ 2011, de 4 de marzo de economía sostenible, apartado b), deja sin efecto el RD 303/ 2004. No obstante, sigue siendo de aplicación el RD en virtud de la Disposición Transitoria quinta de la Ley 2/ 2011 al disponerse que hasta la aprobación de las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el artículo 30.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en la redacción dada por la disposición final undécima de esta Ley, continuará aplicándose el procedimiento previsto en los artículos 7 a 15 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

Pero la recurrente no solo se opuso a que la reclamación ante los comisionados bancarios supusiera la imposibilidad de incorporar la deuda a los ficheros comunes, sino que la amplió al resto de las reclamaciones ante todo tipo de órganos al entender que les dejaba en una posición de clara indefensión ante el titular de los datos.

Obvia la recurrente, ni tampoco entrar a conocer el Tribunal, que se parte de la premisa de que la deuda existe, llegándola a considerar como de no controvertida al decirse que se deja en manos del afectado el poder convertir en controvertida una deuda que no lo es⁶. Pero, entonces, cabe preguntarse qué parte es la que determina que una deuda es "no controvertida". Según el planteamiento esgrimido por la recurrente, no es ni más ni menos que ella misma. Es decir, que una deuda puede tener tal calificación por así determinarse de forma unilateral por la entidad acreedora, aspecto que implícitamente es admitido por el Tribunal Supremo pero, parece mal tanto a una como a otro, que el titular de unos datos al ejercer un derecho constitucionalmente regulado, como el derecho a toda defensa jurídica, (art. 24 Ce), pueda producir efectos en contra de dicha declaración unilateral de deuda más aún cuando dicha valoración podrá venir determinada, precisamente, mediando un procedimiento judicial en el que el titular los datos, con plenitud de prueba, pueda llegar a demostrar que la deuda no tiene tal consideración.

También expone la sentencia que *mal puede entenderse que unos datos son inexactos como consecuencia de una reclamación de cualquier naturaleza*. No se entiende por qué dice esto el Tribunal, ya que es perfectamente razonable que una deuda puede que no sea cierta si está pendiente de resolución ante los tribunales. Lo raro sería lo contrario, considerar una deuda como incierta sin que el deudor haya dicho nada al respecto. Sirva como ejemplo el buen número de sentencias que ratifican la sanción impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD) a una entidad por incluir indebidamente unos datos en un fichero de morosidad cuando además se había interpuesto por el presunto deudor una demanda judicial⁷.

⁶TS, Stcia 15 de julio de 2010. FJ decimocuarto.

⁷Entre otras, sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 19 y 26 de enero de 2011, de julio de 2001, 25 de abril, 10 de mayo, 17 de julio de 2002, 31 de enero, 13 de febrero, 9 de mayo, 7 de junio de 2002, 18 de septiembre, 29 de octubre, 10 de noviembre, 26 de noviembre de 2003, 27 de febrero, 3 de marzo, 12 de mayo, 9 de junio, 16 de junio de 2004, 6 de abril, 13 de abril, 18 de mayo, 25 de mayo, 1 de junio, 22 de junio, 14 de septiembre, 21 de septiembre, 28 de septiembre, 19 de octubre, 26 de octubre, 9 de noviembre, 23 de noviembre, 30 de noviembre, 15 de diciembre y 21 de diciembre de 2005, 18 de enero, 20 de enero 8 de febrero, 9 de febrero, 15 de febrero, 8 de marzo, 16 de marzo, 29 de marzo, 20 de abril 21 de abril, 10 de mayo, 18 de mayo, 8 de junio, 3 de julio, 14 de septiembre, 4 de octubre, 10 de noviembre, 16 de noviembre, 20 de noviembre, 23 de noviembre, 14 de diciembre y 21 de diciembre de 2006, 2 de enero, 26 de enero, 8 de febrero, 21 de febrero, 21 de febrero, 22 de febrero, 7 de marzo, 14 de marzo, 21 de marzo, 11 de abril, 18 de abril, 25 de abril, 4 de mayo, 9 de mayo, 17 de mayo, 30 de mayo, 6 de junio, 13 de junio, 27 de junio, 3 de septiembre, 19 de septiembre, 3 de octubre, 10 de octubre, 17 de octubre, 24 de octubre, 7 de noviembre, 12 de noviembre, 12 de noviembre, 14 de noviembre, 21 de noviembre, 28 de noviembre y 19 de diciembre 2007, 16 de enero, 24 de enero, 30 de enero, 12 de

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

- En primer lugar, se admite el establecimiento unilateral por su parte de la deuda.

- En segundo lugar, se presume que esa deuda es susceptible de ser incluida en los ficheros de morosos y

- En tercer lugar, aunque el presunto deudor, titular de los datos, interponga una reclamación judicial, los datos podrán ser igualmente incluidos en un fichero de morosidad.

PLANA ARNALDOS⁸ opina que el artículo tenía plena justificación porque a su juicio, lo que subyace en la regulación es la propia naturaleza de estos ficheros (ficheros de morosos) que sólo pueden reflejar una situación de incumplimiento real de obligaciones dinerarias, entendiendo que sólo deben incluirse deudas reales y sobre las que no quepa duda alguna ante la negativa de pago del deudor.

La otra de las razones que el TS ofrece a la hora de justificar su decisión se fundamenta en que podría darse la situación incongruente de que el propio acreedor no podría ceder los datos a un fichero de morosidad si él mismo hubiera instado una reclamación judicial contra el deudor.

Bien podría haberse llevado a cabo una aclaración en este sentido en la sentencia, excluyendo del ámbito de las reclamaciones referidas en el art 38. 1. a) del Reglamento la del acreedor, con independencia de que, bajo mi punto de vista, por el más puro principio de congruencia y lógica judicial, difícilmente prosperaría la acción de un deudor encaminada a considerar nula una transmisión de datos a un fichero de morosos porque a él mismo se le ha reclamado la deuda por parte del acreedor.

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

⁸PLANA ARNALDOS María del Carmen: *Comentario al reglamento de desarrollo en la ley orgánica 15/ 999, de 12 de diciembre, de protección de datos de carácter personal* (aprobado por RD 1720/ 2007 de 21 de diciembre). Editorial Aranzadi, s.a, Pamplona 2008. pp. 380-384.

Por otro lado, los requisitos contemplados en el art. 38. 1. a) se refieren a los que debe cumplir el acreedor que proporciona los datos por lo que, cuando sea el acreedor el que reclame judicialmente la deuda, difícilmente podría admitirse que no se incluyera en el registro de morosos como cierta y exigible la deuda reclamada.⁹

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

1.2. Nulidad del artículo 38.2 del reglamento

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

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

Con anterioridad a la promulgación del Reglamento, la Instrucción 1/1995 de 1 de marzo de la AGPD, ya contemplaba que si existe un principio de prueba documental no debe inscribirse una deuda en un fichero sobre solvencia patrimonial.¹⁰

Puede observarse como existe una clara contradicción entre la sentencia de 15 de julio de 2010 del Tribunal Supremo y esta Instrucción.

1.3. Aplicabilidad de la Instrucción 1/ 95 de la AGPD

⁹CARRANCHO HERRERO, Teresa: "Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos" Editorial LA LEY, Revista Practica de Derecho de Daños, nº 91, marzo de 2011. CIVITAS. Madrid, p. 15.

¹⁰Instrucción 1/ 1995 AGPD. Norma Primera. *No podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará igualmente la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.*

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

El valor normativo de las instrucciones emitidas por la AGPD viene expresamente invocado por la Agencia de Protección de Datos en su informe jurídico 273/ 2005, al remitirse a la sentencia del Tribunal Constitucional, la 290/ 2000 de 30 de noviembre, la cual reconoce, en su fundamento jurídico octavo, la potestad normativa de la Agencia de Protección de Datos, al hacerse constar que *“en correspondencia con el carácter público de sus funciones, la Agencia de Protección de Datos dispone de potestades administrativas expresamente atribuidas por dicha Ley. Y, por último, una potestad normativa, ceñida en lo esencial a dictar las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD¹¹ [art. 36, apartado c) y m) in fine], con miras a su debida aplicación en ámbitos determinados de actividad.*

En sentido contrario a la consideración de las instrucciones de la Agencia de Protección de Datos como norma jurídica, se pueden citar otras sentencias emitidas por órganos judiciales de rango inferior al Tribunal Constitucional como la del TSJ Madrid, de 10 de octubre de 2002, en donde se rechazan las argumentaciones tendentes a considerar la Instrucción 1/ 95 como norma jurídica, disposición de carácter general o incluso reglamento de desarrollo de la LOPD, afirmando que se trata de un mero acto administrativo, de carácter general, es decir, dirigido a un conjunto indeterminado de destinatarios, siendo únicamente una interpretación que hace la AGPD del art. 29.2 LOPD.

También la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 25 de abril de 2002, pone en tela de juicio su valor normativo, y en la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de abril de 2006, se entiende que la Instrucción 1/ 1995 no es un Reglamento en sentido formal pues no se ha dictado siguiendo el procedimiento específicamente establecido.

En este sentido se decantan autores como VILASAU SOLANA¹² y TÉLLEZ¹³, no reconociendo a la Instrucción el carácter de norma jurídica, pudiéndose considerar como manifestaciones oficiales de la interpretación de la LOPD mientras no haya sido modificada.

Ante esta situación de sentencias contradictorias debe dársele prelación a la emitida por el Tribunal Constitucional, no sólo por su rango jerárquico superior respecto a un Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Nacional ó Audiencia Provincial, sino porque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁴, en su Artículo 1, dispone que el Tribunal Constitucional

¹¹LORTAD, Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, derogada por la LOPD, LO 15/99 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹²VILASAU SOLANA, Mónica: *“Derecho y nuevas tecnologías”* Edit- UOC. Barcelona 2005. p. 125.

¹³TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *“Nuevas tecnología y protección de datos”*. p. 166.

¹⁴Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

es el intérprete supremo de la Constitución, independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica y en el artículo 2, se nos dice que el Tribunal Constitucional conocerá del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. Por tanto, es al Tribunal Constitucional al que le corresponde resolver la cuestión planteada por un órgano judicial sobre la validez de una norma con rango legal.¹⁵

Pero quizás, el artículo más relevante de la LOTC a estos efectos, sea el 4 ya que en su apartado segundo, se establece que las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

Según lo expuesto, resulta obvio que deberá darse un valor predominante a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional frente a las dictadas por otros órganos, más aún si son de menor rango, valor que en nuestro caso atañe a la consideración de una instrucción de la AGPD como norma con rango legal. Por todo lo cual, no puede sino entenderse que las instrucciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos tienen la condición de norma jurídica, y entre esas instrucciones se encuentra la 1/1995.

En cualquier caso, el valor normativo de la Instrucción queda fuera de toda duda ya que es reiteradamente recogida y aplicada en sentencias dictadas incluso con posterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2010¹⁶.

Una vez determinado que la Instrucción tiene carácter normativo, cabe discernir si la Instrucción 1/1995 está vigente al día de hoy o, por el

¹⁵CE 1978 Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

¹⁶Cabe citar las siguientes sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de fechas, 13 mayo de 2011 (rec. 46/2010, Ponente: Veiga Nicole, Elisa) , 11 de marzo de 2011, (rec. 483/2009 Ponente: Veiga Nicole, Elisa) , 17 de febrero de 2011 (rec. 177/2010 Ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes) 17 de febrero de 2011(rec. 177/2010, Ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), 17 de febrero de 2011(rec. 177/2010, Ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes). 18 de abril de 2011 (rec. 606/2009) 9 de mayo de 2011 (rec. 27/2010 Ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes). 30 de septiembre de 2010,(rec. 842/2009 Ponente: Guerrero Zaplana, José), 26 de julio de 2011) 28 de abril de 2011 (rec. 624/2009, Ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes), 30 de septiembre de 2010 (rec. 842/2009, Ponente: Guerrero Zaplana, José. De), 4 de marzo de 2011(rec. 736/2009, Ponente: Veiga Nicole, Elisa), 15 de julio de 2010 (rec. 897/2009, Ponente: Sanz Calvo, María Luz Lourdes) 1 de abril de 2011 (rec. 856/2009. Pte: Sanz Calvo, Lourdes), 14 de octubre de 2010 (rec. 64/2010. Pte: Sanz Calvo, Lourdes), 16 de septiembre de 2010 (rec. 840/2009. Pte: Sanz Calvo), 19 de mayo de 2011, (rec. 27/2010. Pte: Sanz Calvo, Lourdes), 16 de septiembre de 2010 (rec. 840/2009. Pte: Sanz Calvo, Lourdes), 24 de febrero de 2011 (rec. 19/2010. Pte: Buisan García, Nieves), 28 de abril de 2011(rec. 624/2009. Pte: Sanz Calvo, Lourdes), 3 de marzo de 2011 (rec. 57/2010. Pte: Sanz Calvo, Lourdes), y 11 de febrero de 2011(rec. 144/2010. Pte: Pereda Laredo, José María)

contrario, se encuentra derogada por el Reglamento 1720/ 2007 ó sin vigencia a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 2010.

PASCUAL HUERTA¹⁷, defiende la vigencia de la Instrucción 1/ 1995 ya que la disposición derogatoria única del Reglamento no la deroga. Según el autor, se entiende que se trata de una ausencia intencionada ya que hay partes de la Instrucción 1/ 1995 que no se contradicen con la nueva regulación del Reglamento, como la primera y segunda¹⁸. FERNÁNDEZ GARCÍA¹⁹ y GRACIANO REGALADO²⁰ opinan de igual manera.

Prueba de que la Instrucción se encuentra vigente es que se está aplicando por la jurisprudencia hoy en día como se desprende de las sentencias referidas en párrafo anterior.

Si la Instrucción no se encuentra expresamente derogada por el Reglamento, queda por analizar si la Sentencia del TS de 15 de julio de 2007, al anular parte del Reglamento, también lo hace respecto a la Instrucción 1/ 1995.

La sentencia no hace alusión en ningún momento a la Instrucción por lo que habrá que acudir a criterios de analogía entre los supuestos contemplados en sentencia referidos al Reglamento y si son o no extensibles a la Instrucción.

Entre algún precepto anulado del Reglamento y otro contenido en la Instrucción, aunque hay similitudes, existe alguna diferencia, por lo que no recoge idénticos supuestos, siendo este un argumento más de cara a entender la vigencia de la Instrucción 1/1995. En la Instrucción 1/1995 se recoge término de "principio prueba documental", mientras que el Reglamento 1720/ 2007 se contempla el de "principio de prueba", omitiéndose la palabra "documental".

Este hecho es de suma importancia ya que el Tribunal Supremo basa la declaración de nulidad en la vaguedad a la hora de referirse al principio de prueba, sin ningún tipo de especificación al respecto, calificando esta expresión como creadora de inseguridad jurídica. Sin embargo, en la Instrucción 1/1995, al añadirse el término "documental", se dota a este principio de prueba de un carácter más concreto que, de haberse incluido en el Reglamento, es posible que el Tribunal Supremo no hubiera anulado este precepto. Esta cuestión no es puramente teórica sino que en la propia sentencia del TS se llega a decir que uno de los motivos por los cuales se anula este apartado viene referido a la amplitud del término "prueba" sin que llegue a concretarse lo más mínimo a qué tipo de prueba hace referencia, poniendo entre paréntesis, entre otras y precisamente, la prueba documental²¹.

¹⁷PASCUAL HUERTA¹⁷, Pablo: *"Protección de datos. Comentarios al reglamento"*. Editorial Lex Nova. Valladolid 2008. pp. 346-347.

¹⁸PASCUAL HUERTA, Pablo: *Op. Cit.* p. 347.

¹⁹FERNÁNDEZ GARCÍA, José Arturo: *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008. p. 514.

²⁰GRACIANO REGALADO, Juan Carlos: *Op. Cit.*, p. 1.727.

²¹Stcia STS 17 de julio de 2010. Fundamento de Derecho 14º. ...*"Cierto es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al*

Por otro lado, no cabe deducir que por aplicación analógica, la sentencia del Tribunal Supremo anule también los preceptos de la Instrucción 1/1995, ya que ni tan siquiera fueron invocados por la recurrente, no pudiendo entrar a conocer el juzgador sobre cuestiones no pedidas al regir en derecho administrativo el principio dispositivo o de justicia rogada, contemplado en el artículo 216 de la LEC, siendo esta Ley de aplicación supletoria a la que rige el ámbito administrativo, la ley de jurisdicción contencioso-administrativa 29/ 1998²² y además, ninguna alusión se hace en la sentencia a la Instrucción 1/1995, posiblemente porque fuera desconocida. Al fin y al cabo, en la propia sentencia se confunden figuras como encargado y responsable del tratamiento.²³

Es más, la Instrucción 1/1995 ya fue impugnada en vía jurisdiccional ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2002 desestimando la impugnación efectuada, sentencia que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo y confirmada por la STS, Sala 3ª, de 16 de febrero de 2007, rec. 220/2003.

En conclusión, la Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos tiene valor normativo, no habiendo sido derogada por el Reglamento ni anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio del 2010 por lo que aunque se anule un precepto del Reglamento relativo al principio de prueba, deberá seguir siendo aplicable la Instrucción 1/95, aunque con la matización de que el principio de prueba debe ser documental.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de junio de 2006 contempla que la mera duda sobre la veracidad del dato que sea incluido en los ficheros supone la vulneración del principio de calidad de los datos. Cabe destacar como se aplica el principio de prueba como suficiente para no incluir una deuda en un fichero de morosos,

respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse."

²²Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, DISPOSICIONES FINALES PRIMERA. SUPLETORIEDAD DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL "En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil".

²³Baste comprobar que cuando se habla de la inversión de la carga de la prueba, se dice que tal cual estaba redactado el Reglamento o ésta merecía en la figura del encargado del tratamiento. Varias son las personas que pueden resultar responsables ante un tratamiento ilegal de datos, y aunque el encargado del tratamiento es una de ellas también es cierto que es la que con menos probabilidad llega a ser sancionada por parte de la Agencia de Protección de Datos ya que su responsabilidad suele tener carácter subsidiaria respecto a otras figuras las que con mayor habitualidad sí son consideradas sujetos sancionados como es el caso del responsable del fichero en primer lugar, y en ciertas situaciones el responsable del tratamiento. Ni más ni menos que el Tribunal Supremo confunde ambas figuras, porque ningún sentido tiene mencionar en este caso al encargado del tratamiento, debiendo haber sido al responsable del tratamiento, personas que aunque con similitud en el hombre, sus funciones están absolutamente diferenciadas en materia de protección de datos.

siendo dictada esta sentencia con posterioridad a la Instrucción 1/1995 y con anterioridad al Reglamento de desarrollo de la LOPD. Por tanto, se deduce que el hecho de que en el Reglamento deje sin efecto un artículo no quiere decir que el principio de prueba no sea operativo, toda vez que se estaba aplicando sin la existencia de dicho Reglamento.

Así opinan autores como FERNÁNDEZ GARCÍA²⁴, quien insiste en que no se debe incluir en un fichero de morosos si existe un principio de prueba documental.

Por el contrario, CARRANCHO HERRERO²⁵ comparte la posición judicial al afirmar que según estaba redactado el artículo se originaba una gran inseguridad jurídica ya que la norma no concreta a qué principio de prueba se refería pero, por otra parte, una persona no será morosa hasta que no se declare la existencia de la deuda por quien proceda. Cabe preguntarse en este caso cómo se declara la existencia de una deuda. A mi juicio sólo caben tres alternativas, a) por medio de resolución judicial con carácter de firmeza, b) en virtud de laudo arbitral ó c) por reconocimiento de deuda hecho en documento público.

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

2. SOBRE LA CONSIDERACIÓN POR PARTE DEL T.S. DEL PRINCIPIO DE PRUEBA COMO PRUEBA DE INDICIOS

El TS anula el apartado 38.2 del Reglamento, además de por las consideraciones llevadas a cabo anteriormente, porque al "principio de prueba" lo cataloga también como un indicio y a este respecto, hace constar que *"cierto es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse.*

Procede estudiar el alcance de los conceptos de indicio y presunción en el ámbito probatorio de cara a combatir la apreciación llevada a cabo por el TS, pero antes, cabe poner de manifiesto la contradicción en la que se incurre, ya que el TS anula el precepto 38.2 del Reglamento al entender que la expresión principio de prueba no deja de ser un indicio que juega

²⁴FERNÁNDEZ GARCÍA, José Arturo: *Op. Cit.*, pp. 518-519.

²⁵CARRANCHO HERRERO, Teresa: *Op. Cit.*, p. 15.

un papel importante en al ámbito cautelar pero, aún así, lo anula. Se contradice porque, precisamente, lo que pretende la norma no es declarar la inexistencia de la deuda, sino establecer una medida cautelar consistente en que no se inscriba la deuda en un fichero de morosos en tanto se esclarezca su procedencia.

No toda la doctrina comparte la consideración de que la prueba de indicios tenga el carácter limitado atribuido en sentencia, sino que entiende que se trata de una determinada actividad, basada en una operación intelectual y volitiva que consiste en tener como cierto un hecho, al cual se le denomina presunto (hecho consecuencia), a partir de la fijación como cierto otro hecho, denominado indicio (hecho base), debiendo existir un nexo lógico entre ambos conceptos²⁶. CREMADES MORANT²⁷ añade que el indicio no es medio de prueba sino una forma o método para probar a falta de prueba directa y otros autores como. GRACIANO REGALADO²⁸ y MESA MARRERO²⁹, indican que respecto al principio de prueba existe libertad de forma, remitiéndose a la existencia de indicios.

PARRA LUCÁN³⁰, opina que la supresión de este apartado del Reglamento no quiere decir que el supuesto deudor sea el que tenga que probar la no existencia de la deuda, en contra de lo que diga el acreedor. Continúa diciendo el autor que la sentencia, realmente rechaza que se admita un simple indicio que no tenga la suficiente entidad frente a la afirmación de la existencia por parte del acreedor, y si el acreedor no acredita la existencia de dicha deuda será responsable de la veracidad tanto en materia sancionadora prevista en la LOPD, como exigiendo al acreedor responsabilidad civil ante los tribunales de justicia.

En este supuesto nos encontraríamos ante una presunción judicial en la que deberá ser el juez el que deberá deducir dicho nexo entre el indicio y la presunción mediante un proceso lógico, razonable y con sujeción a las reglas de la sana crítica, tal y como se contemplaba en el derogado art. 1.253 del Código civil y en el artículo 386 de la LEC³¹

Aplicando estas premisas al precepto derogado, a la hora de dejar sin efecto lo que el Tribunal Supremo califica de indicios, se debe establecer "a priori" cuál es el hecho consecuencia o presunción que deba desprenderse de los indicios que se anulan.

Parto de la consideración de que se arranca de otro error de hecho en la sentencia, al entenderse que de mantenerse los indicios establecidos en

²⁶BELTRÁN CABELLO, Carlos: Revista Estudios Financieros nº 133, Febrero 2012, p. 41

²⁷CREMADES MORANT, Joan: *"Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia"*. Editorial SEPIN. Madrid, 2008. p. 2394.

²⁸GRACIANO REGALADO: *Op. Cit.*, p. 1.727.

²⁹MESA MARRERO, Carolina: *"La regulación reglamentaria de los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito"*. ACTUALIDAD CIVIL. Nº 19 NOV 2008. p. 2.065.

³⁰PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Op. Cit.*, pp. 10-11.

³¹LEC Artículo 386. *Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.*

el Reglamento (haberse entablado reclamación judicial, etc.), el hecho consecuencia es el que determina la inexistencia de la deuda.

Se dice que este planteamiento es erróneo ya que el hecho consecuencia es que exista un principio de prueba documental que ponga en duda la existencia o procedencia de la deuda.

En esta línea, FERRANDO VILLALBA³² afirma que el principio de prueba no se refiere a tener certeza sobre la inexistencia de la misma, siendo excesivo exigir en este primer momento una prueba plena sobre el fondo la cuestión.

No es ilógico pensar que si un presunto deudor ha interpuesto una reclamación judicial defendiendo la inexistencia o improcedencia de la deuda, aplicando los criterios de la sana crítica y la normalidad, puede fácilmente deducirse que existe una presunción de que el principio de prueba, (que se trata de un hecho objetivo y demostrado), puede llevar aparejada la consideración de la duda sobre la existencia o procedencia de dicha deuda.

Por otro lado, la sentencia invocada del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1996, en su FJ sexto, se hace constar que *“la validez de la prueba indiciaria no puede ponerse en duda como tampoco imponer a la misma más limitaciones que las que la propia conciencia de los Jueces establezca”*.

Aún teniendo en cuenta que en la prueba indirecta la subjetividad del juez tiene un papel primordial, no parece proporcionado que el Tribunal Supremo anule un precepto que limita las posibilidades de defensa de una persona por considerar que de haberse mantenido tal cual estaba redactado el precepto, se dotaría al sistema de una inseguridad jurídica. Se dice que no es proporcionado porque la frase suprimida constituye un indicio objetivo y acorde con el principio de oportunidad que lleve a concluir, tras un proceso lógico y razonado, que existe un principio de duda sobre la veracidad de la deuda a la que se refieren los datos que son inscritos en un fichero sobre morosidad pero se opta por reforzar la figura del empresario que de forma unilateral, y sin control judicial alguno, decida remitir los datos de una supuesta deuda a uno de estos ficheros causando un daño, muchas veces irreparable, ya sea económico ó de honorabilidad.

RUBÍ NAVARRETE³³ interpreta la resolución judicial en el sentido de que no excluye que pueda existir prueba suficiente que desembocase en una cancelación cautelar del dato en un fichero sobre solvencia patrimonial, aunque esta circunstancia deberá apreciarse caso a caso a la vista de las circunstancias concurrentes y no en los términos imprecisos de la norma que anula.

Por otro lado, si llegase a entenderse que estamos en presencia de una presunción judicial iuris tantum sobre la existencia de duda respecto a la deuda en cuestión, ningún inconveniente existiría al respecto. En la Ley

³²FERRANDO VILLALBA, María Lourdes: *Op. Cit.*, p. 71.

³³RUBÍ NAVARRETE, *Op. Cit.*, p. 15.

1/ 2007³⁴ se establece la presunción de que si en los seis meses posteriores a una venta el consumidor manifestase alguna irregularidad al vendedor, deberá presumirse que dicha disconformidad existe. Por todo esto, tampoco debería ser desechada la posibilidad de establecer una presunción iuris tantum sobre la existencia de duda sobre la realidad de la deuda en unos casos determinados, sin que por ello el precepto deba ser considerado nulo.

PARRA LUCÁN apunta que no resulta sencillo determinar a priori la existencia de un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos exigidos para que los datos personales puedan acceder a los ficheros³⁵, aunque si se permite, sin más, incluir una deuda en uno de estos ficheros, lo que conlleva efectos negativos, como pudiera ser la denegación de un crédito, sin que dicha deuda haya sido declarada por órgano judicial ó arbitral alguno, lo que a mi juicio supone que la deuda ha sido cedida sin tener la condición de cierta.

No obstante, los principales ficheros de solvencia patrimonial, a pesar del dictado de la sentencia, optan por cancelar de forma cautelar una deuda sobre la que se ha iniciado un procedimiento o judicial o arbitral

Así lo está haciendo el titular de uno de los ficheros de solvencia más representativos (el Centro de Cooperación Interbancaria, titular del fichero RAI) el que prevé que cuando exista un principio de controversia u oposición jurídica los datos deben desaparecer de sus ficheros³⁶. Igual proceder se está llevando a cabo en el fichero dependiente de la Asociación Nacional de Entidades Financieras (ASNEF).

En conclusión, si bien es cierto que la sentencia analizada recoge algunas circunstancias razonables, como la inseguridad jurídica que provocaba el Reglamento en determinadas situaciones, no es menos cierto que podría haberse llegado a soluciones intermedias y no suprimir normativa perfectamente aplicable. Tal cual está redactada, la sentencia resulta muy ventajosa para la parte recurrente y empresarial en detrimento de los derechos de los titulares de datos personales. También se aprecia un cierto desconocimiento del juzgador en materia de protección de datos, dejando abierta la puerta a interpretaciones, no siempre deseables, sobre la aplicación o no del principio de prueba documental contenido en la Instrucción 1/1995 AGPD.

³⁴Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias Artículo 123. *Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad.*

³⁵PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Op. Cit.* p. 12.

³⁶CCI, Circular 2/ 2001.