



N/REF: 089710/2016

Se plantea si resulta conforme a lo establecido en con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la realización de requerimientos de pago previos a la inclusión de los datos de un deudor en un fichero de solvencia patrimonial y crédito mediante whatsapp.

Esta Agencia se ha pronunciado en informe de 5 de febrero de 2014 sobre los requisitos que debe reunir el requerimiento de pago previo a la inclusión de los datos de un deudor en un fichero de solvencia patrimonial y crédito cuando se efectúe mediante comunicaciones electrónicas, especialmente en lo que respecta a la prueba de que el mismo se ha realizado, siendo sus conclusiones plenamente aplicables al presente caso, por lo que a continuación se reproduce dicho informe:

“Procede, en primer lugar, determinar el régimen jurídico de aplicación que corresponde a los ficheros de solvencia patrimonial, en lo que al requerimiento de pago se refiere, para después determinar si esta Agencia consideraría el sistema de requerimiento como suficiente a estos efectos.

Como es sabido, la LOPD regula, dentro de los Ficheros de Titularidad Privada, los ficheros que prestan servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito en su artículo 29.

En particular, el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que *“podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés”,* añadiendo que *“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”.*



Asimismo, el apartado 3 del precepto señala que *“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”*.

Por último, en cuanto a los plazos de conservación de los datos, el artículo 29.4 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 aquéllos”*.

Este régimen se desarrolla con mayor detalle por la Sección segunda del Capítulo I del Título IV del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, en adelante RDLOPD. Así, en cuanto a los requisitos que habrá de tener la deuda para que proceda su inclusión en el fichero, el artículo 38.1 del Reglamento, en la redacción resultante de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 aclara 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.*
- b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico.*
- c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”*.

De este modo, sólo en caso de que la deuda reúna los requisitos citados, no haya transcurrido el plazo citado y, en todo caso, se haya producido el requerimiento de pago al deudor al que se refiere el precepto será posible incorporar aquella a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, estableciendo además el artículo 38.3 del reglamento que *“el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que*



acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente”.

Junto a tales requisitos, será preciso que en el momento de celebrar el acreedor el contrato en cuyo desenvolvimiento se produzca el impago de la obligación aquél haya informado al deudor *”que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias”*, tal y como prescribe el artículo 39 del Reglamento; todo ello con el fin de que el deudor tenga pleno conocimiento desde el momento en que contrae la obligación de su eventual inclusión, en caso de impago, en el sistema. Y asimismo, dicho requerimiento habrá de efectuarse, en virtud del mismo precepto *“en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior”*, esto es, el requerimiento previo de pago.

En lo que atañe a éste requerimiento de pago, hemos de señalar que el texto de la norma reglamentaria es similar al contenido en la Instrucción 1/1995, suprimiendo la dicción *“en su caso”*. Es decir, en el RD 1720/2007 queda establecido que uno de los requisitos para incluir deudas en ficheros comunes, incluyendo los supuestos de avalistas y garantes, debe ir precedido de un requerimiento de pago. Este requerimiento de pago ha de ir dirigido a la persona a quien corresponda realizar el pago, puesto que se trata de una intimación para el pago de la deuda, una exigencia para que se proceda al cumplimiento. Ya decíamos en el informe de 11 de mayo de 2010 que *“Con ello, además de permitirse al deudor el pago y al acreedor el cobro de la deuda con anterioridad al momento de inclusión del dato, evitando que el deudor sea calificado de moroso y facilitando al acreedor un posible cobro de la deuda, se establece una garantía reforzada del cumplimiento del deber de información al afectado, en los términos previstos en los artículos 10 y 11 de la Directiva, tal y como se analizará inmediatamente”*.

Por tanto, como decíamos en informe de 2 de abril de 2013, se trata de una verdadera manifestación de voluntad por la cual el acreedor requiere al deudor para que cumpla su obligación, interrumpiendo así la prescripción. Se trata, en definitiva, de un acto que trasciende con creces de un mero cumplimiento formal, puesto que se otorga al deudor, como



sostiene tradicionalmente la doctrina civilista, una nueva oportunidad para cumplir su obligación. Así, en principio el requerimiento ha de ser recepticio, debiendo dirigirse a la persona concreta que ha de cumplir la obligación y acreditando con carácter general la recepción del requerimiento. Así parecía entenderlo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2003, rec. 51/2001. Y por eso ya decíamos en informe de 12 de septiembre de 2005: *“Además, según se desprende de la doctrina emanada de la Audiencia Nacional, recae sobre el responsable del fichero común la carga de la prueba de la recepción de la notificación por parte del afectado cuyos datos se han incorporado al fichero común de morosidad, no bastando la mera acreditación del envío de la comunicación”*.

Esta Agencia ya señalaba en su informe de 22 de diciembre de 2003 que el deber de información del artículo 5 LOPD implicaba una comunicación con carácter recepticio, debiendo acreditar su recepción por el interesado, en los siguientes términos: *“Por ello se recomienda que con anterioridad a la comunicación de los datos a la entidad bancaria se haga constar, en modo que acredite su recepción por al afectado (por ejemplo mediante correo certificado o burofax), que se ha informado al mismo de los extremos contenidos en el precepto, a fin de que exista una acreditación del cumplimiento de las exigencias contenidas en la Ley”*.

En parecido sentido, respecto de la obtención del consentimiento, los informes de esta Agencia de 10 de abril y 23 de febrero de 2006 indicaban: *“En tal sentido, deberá acreditar la efectiva recepción por el afectado de la información indicada, así como de la cláusula en que se le solicitaba tal consentimiento y el transcurso del plazo sin haberse recibido la oposición formal del mismo. En caso de no poder acreditar cualquiera de tales extremos, habrá incurrido en una infracción muy grave del artículo 44. 4 c) de la Ley Orgánica 15/1999*.

La Audiencia Nacional ha analizado el efecto probatorio de la notificación a los interesados del tratamiento de sus datos personales en su Sentencia de 24 de enero de 2003, según la cual la mera contratación de un medio independiente para la notificación no acredita más que la existencia del contrato, pero no que se ha hecho el envío, del mismo modo que la prueba del envío de una notificación no acredita por sí misma su recepción por el afectado. Así, si el destinatario niega la



recepción, la carga de la prueba del envío recae sobre el responsable del tratamiento.

En cuanto a los medios que pueden considerarse como válidos para que el responsable del fichero pueda acreditar el envío y la recepción de haber solicitado el consentimiento de los interesados, podrían ser, burofax, correo certificado, comunicación a través de e-mail, o cualquier otro medio de los considerados válidos en derecho, siempre y cuando permitiese acreditar la recepción del escrito por el interesado.

En este sentido, también se ha venido admitiendo la posibilidad de que se acuda, por ejemplo, a la contratación de un tercero independiente de la propia entidad, que garantice que los envíos se han realizado efectivamente, con indicación de los destinatarios de los mismos y la fecha de envío.

Constituiría también una prueba de que la carta ha llegado a su destino, el acceso al servicio de devoluciones de correos por parte de quien ha efectuado la notificación, de modo que si el envío consta como devuelto no se tratarían los datos y por el contrario, si no consta como devueltos se procedería a su tratamiento”.

Es por ello que, con carácter general, entendemos que el requerimiento de pago implica la utilización de un medio que permita acreditar el envío y la recepción del mismo. En este mismo sentido parece haberse se pronunciaba la Audiencia Nacional con anterioridad al RD 1720/2007, como en Sentencia de 18 de mayo de 2006, rec. 530/2004.

Y así se han venido admitiendo supuestos, como decíamos en el meritado informe de 2 de abril de 2013, en los que baste la acreditación del requerimiento de pago remitido, aunque no recibido, por no haber podido consumarse la recepción por motivos ajenos a la voluntad del emisor. Así, si se acreditara que el emisor ha intentado envíos por burofax, correo certificado o mecanismos similares, a todas las direcciones disponibles del destinatario, y aún así no ha podido localizarle, pudiera interpretarse que el requerimiento ha de entenderse como válido. Y en este punto relativo a los mecanismos de notificación, podemos aplicar así analógicamente los medios previstos en el artículo 40.3 del RD 1720/2007, en los siguientes términos: “La notificación



deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que la permita acreditar la efectiva realización de los envíos”; no se exige, por tanto, necesariamente, el correo certificado, pudiendo acudir a un tercero independiente que permita acreditar la realización de los envíos.

Y también analógicamente podemos aplicar las normas que sobre la notificación de inclusión en estos ficheros establece el art. 40 en su apartado 4 del mismo RD 1720/2007: *“En todo caso, será necesario que el responsable del fichero pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa, en cuyo caso no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado. No se entenderán suficientes para que no se pueda proceder al tratamiento de los datos referidos a un interesado las devoluciones en las que el destinatario haya rehusado recibir el envío”.*

II

El sistema planteado en la consulta se basa en una comunicación *“a través de llamadas automatizadas a números fijos y/o móviles registrados en el contrato que genera la obligación... Cada notificado recibiría un mensaje que contendría la misma información que la remitida a través de una comunicación postal, teniendo la posibilidad el usuario de escuchar el mensaje todas las veces que desee. El sistema guardaría la siguiente información:*

- *Si el mensaje se escuchó íntegramente*
- *Tiempo de escucha*
- *Número de veces que se escuchó*
- *Fecha y hora de cada escucha”*

En primer lugar, queremos indicar que este informe versa, como no podría ser de otro modo, sobre la interpretación que a esta Agencia la merece el sistema propuesto; es decir, el criterio que aplicaría en su actuar administrativo. Otra cosa distinta sería el criterio que los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional de control de la actividad administrativa puedan realizar al respecto. Por tanto, y con independencia de basarnos en los criterios que hasta la fecha ha venido



sentando la Audiencia Nacional al respecto, desconocemos cuál sería la postura que dicho órgano judicial adoptara al respecto.

Dicho esto, el problema no versa sobre si una notificación puede ser realizada por teléfono, sino de si la notificación telefónica realizada a través del sistema planteado en la consulta supone la existencia de una prueba suficiente para entender requerida la deuda a efectos de inclusión en un fichero de solvencia patrimonial.

El primer problema se plantea con la realización de llamadas telefónicas automatizadas, sin intervención humana. Como es sabido, entre los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas el art. 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones consagra el derecho *“h) A no recibir llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana, o mensajes de fax con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello”*. En su desarrollo, el artículo 69 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas se refiere a las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de comunicaciones electrónicas, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), permitiendo su realización sólo a *“aquellos que hayan dado su consentimiento previo, expreso e informado”*.

Y esta norma no está sólo prevista a los fines de venta directa en la Ley General de Telecomunicaciones, sino también en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, cuyo art. 96.3 relativo a las comunicaciones comerciales señala: *“La utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario”*. Igualmente existe previsión legal en sectores específicos: la Ley 22/2007, de 11 de julio de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores que se aplica a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia exige en su artículo 14 el consentimiento previo del consumidor para que un



proveedor pueda utilizar como técnica de comunicación a distancia sistemas automáticos de llamada sin intervención humana o mensajes de fax. La Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista exige también el consentimiento previo para el uso de estos sistemas en su artículo 39 relativo a la propuesta de contratación.

Si la legislación no permite estas llamadas telefónicas automatizadas sin consentimiento expreso, parece difícil que se avalara tal actuación cuando de requerimientos de pago se tratara, bajo el mero amparo de la constancia en el contrato del que emana la deuda, entre otros datos personales, del número de teléfono fijo o móvil. Debería, cuanto menos, haberse consentido expresamente este uso del número de teléfono para estos fines.

Pero incluso constando entre el clausulado del contrato que fuera fuente de la obligación en cuestión el consentimiento expreso, la cuestión versa de nuevo sobre la prueba del requerimiento de pago.

Como indica la consulta, la Audiencia Nacional ha examinado en reiteradas ocasiones, y con carácter casuístico, el tema de la prueba de la notificación del requerimiento. Y aunque no aplica un criterio formalista, sí exige una prueba suficiente en derecho. Así, aunque no se refiere a un requerimiento de pago para la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial, sino a la prueba para entender prestado el consentimiento en la contratación de un suministro, en lo que a la prueba respecta la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2012, rec. 655/2010 entiende no probado el consentimiento por no haberse aportado la grabación de la solicitud de suministro ni existe constancia de la remisión de copia de los contratos para su firma por el contratante. Y en el ámbito que nos ocupa de los requerimientos de pago a los efectos del art. 29 LOPD, la misma Sala y Sección viene exigiendo una prueba suficiente. Así, la Sentencia de 23 de noviembre de 2012, rec. 313/2011, atiende a lo siguiente: *“Conforme a la testifical practicada y a las grabaciones y a las cartas aportadas, considera acreditada que en la segunda conversación grabada se le indica que el importe de la deuda es de 554,24 €, y en la primera de las grabaciones de la llamada telefónica la entidad bancaria le advirtió que de mantenerse en morosidad, se pasarían sus datos a “una agencia de recobros y lista de morosos”, por lo que considera cumplido la*



exigencia del artículo 29 de la Ley orgánica de protección de datos". Quizá no sea exigible, como en el caso de autos, la remisión de 12 cartas y la aportación de dos grabaciones telefónicas, junto con la testifical, pero sí lo es una prueba del requerimiento suficiente.

Y es que en el requerimiento de pago habrá de probarse su realización como intimación al deudor para que cumpla su obligación. Y para ello deberá probarse, por un lado que se ha requerido de pago al deudor, y no a otra persona, incluso aunque sea usuario de su teléfono fijo – por ejemplo, una persona que conviva en el mismo domicilio, o incluso que preste servicios en el mismo – o incluso de su teléfono móvil. Y por otro lado que el contenido del requerimiento es suficiente, es decir que en concreto se le ha requerido el pago de una obligación con el fin de evitar la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial. El sistema planteado no permite probar ninguno de esos dos aspectos: la acreditación de que se envió un mensaje a un número fijo o móvil, que el mismo se escuchó, incluso varias veces, y durante un periodo de tiempo determinado no prueba que el mensaje fuera escuchado por el deudor, como si el mismo tuviera en exclusividad el uso de un teléfono. Y es que en otros sistemas de requerimiento, como en el domicilio, se acredita el intento en el lugar designado por el deudor y cuál ha sido el resultado, o si lo recibió otra persona en su nombre con identificación de esa otra persona. El sistema podría, en su caso, permitir la prueba de la remisión y recepción del mensaje por el deudor, o por otra persona en su nombre, o usuaria del teléfono, si se aportara la grabación que lo acredita. Pero sin grabación alguna, con un simple mecanismo de datos de remisión de la llamada, duración de la misma y otros elementos objetivos no se prueba subjetivamente quién ha sido el receptor de la llamada. Y lo mismo podríamos decir respecto del contenido de lo comunicado.

A esta misma conclusión, respecto de los envíos de SMS para realizar un requerimiento de pago, llega la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2014, rec. 61/2013, citando la anterior de 25 de abril de 2007:

“A este respecto, en nuestra Sentencia de 25 de abril de 2007 (autos 315/2005) decíamos que «ningún precepto legal ni reglamentario exige, ciertamente, que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo



certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción».

Pero añadíamos:

«Sin embargo, existiendo preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación (artículos 5.4 y 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999) y que tipifican como infracción grave el incumplimiento de este deber de información (artículo 44.3.I de la propia Ley Orgánica) debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado, resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar a los interesados».

Pues bien, como expresa la Administración demandada, la mera constancia en los registros informáticos de la empresa del envío de los mensajes SMS no resulta prueba suficiente de su efectivo envío. Y en todo caso aquel envío tampoco acredita ni su efectiva recepción ni menos aún su apertura por la persona del destinatario. En definitiva, el recurso debe ser desestimado en lo que atañe a esta cuestión principal”.

A estos efectos resulta también esclarecedora la reciente sentencia de la Audiencia Nacional, que cita otras anteriores, de 13 de diciembre de 2013, rec. 350/2012, que recuerda que “La exigencia de requerimiento previo de pago para proceder a la inclusión de los datos del acreedor moroso en los ficheros correspondientes, tiene como objeto que el “deudor” o la persona obligada, conozca la existencia de la deuda vencida y exigible y la posibilidad de ser incluido en un fichero de morosos en el supuesto de no hacerla efectiva, ya que no se necesita el consentimiento del afectado para su inclusión en esta clase de ficheros, tratando así de salvaguardar la veracidad y exactitud de los datos que se van a incluir en dichos ficheros”. Pues bien, afirma dicha sentencia:

“En el presente caso parte del debate versa sobre la necesidad de la constancia formal, de los requerimientos de pago con advertencia de inserción en el registro de solvencia patrimonial o si, contrariamente, sería



suficiente con la remisión de cartas por la entidad al domicilio que figuraba en el contrato.

A este respecto, en nuestra Sentencia de 25 de abril de 2007 -recurso nº. 315/2005- decíamos que “ningún precepto legal ni reglamentario exige, ciertamente, que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción”. Pero añadíamos más delante: “Sin embargo, existiendo preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación (artículos 5.4 y 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999) y que tipifican como infracción grave el incumplimiento de este deber de información (artículo 44.3.I de la propia Ley Orgánica) debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado, resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar a los interesados”.

En el mismo sentido, nuestra Sentencia de 9 de mayo de 2003 -1.067/99-, también obligó a la Agencia, en un procedimiento similar al que ahora nos ocupa, a la iniciación de un procedimiento sancionador por un posible incumplimiento del deber de informar a la denunciante de que sus datos se incluirían en el fichero ASNEF al no haber acreditado que en su día se efectuara el requerimiento previo de pago a aquélla.

En el caso que nos ocupa, no hay constancia de la recepción por parte del denunciante de los requerimientos de pago que le fueron enviados.

Por otro lado, alega la parte actora que por el contrato suscrito entre ella y el denunciante el 4 de marzo de 2005, éste tenía conocimiento de las consecuencias del impago y de su obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio. Una cosa es tener conocimiento de las consecuencias en caso de impago y otra el requerimiento previo con la advertencia de la inclusión de los datos de carácter personal en un fichero de solvencia patrimonial. Y en relación con el cambio de domicilio como dice la parte actora en la demanda se produjo el 14 de junio de 2010, y, más adelante, el 4 de noviembre de 2011, es decir, con posterioridad a la



emisión de los requerimientos, no habiendo constancia que el denunciante cambiara de domicilio antes de la fecha de junio de 2010”.