

Inclusión en fichero de morosos por deudas con bancos

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

El 12 de marzo de 2016 Luis adquiere una tarjeta de compra de un establecimiento comercial, firmando el contrato y conociendo las condiciones generales del mismo. Durante un tiempo fue pagando las cuotas ordinarias mensuales, pero, a partir de mayo del 2017, dejó un descubierto de 10 cuotas de 40 euros cada una (400 euros). El establecimiento le reclamó verbalmente la deuda a lo largo de los años 2017 y 2018, hasta que se renegóció; firmando, Luis, al efecto, una novación con fecha de 12 de febrero de 2019. Como siguieron los impagados, en el domicilio designado por Luis se hicieron varios requerimientos de pago, incluyendo su morosidad en el Registro de Solvencias. La inclusión en el referido fichero se hizo antes del requerimiento de pago. Cuando Luis fue a solicitar un crédito se le denegó porque figuraba inscrito como moroso. Sorprendido, interpuso demanda en defensa de su honor, porque la deuda, en su opinión, no existía, no era líquida y no era exigible, y porque no había sido requerido en forma, considerando que la comunicación a través de un servicio contratado por la mercantil (Promovin) no demostraba la notificación por el solo hecho de que las cartas no hubieran sido devueltas, e indicando, asimismo, que la cuantía era escasa (120 euros) y que, por tan pequeño importe, no se puede registrar ninguna morosidad. Finalmente, la deuda pasó a ser discutida en los tribunales, al considerar Luis que las condiciones pactadas eran nulas, denunciando tanto la nulidad radical y absoluta del contrato de la tarjeta de crédito como, subsidiariamente, la de los intereses de demora. Si bien la demanda se interpone, a elección de él en el juzgado de su domicilio, el juzgado se inhibe, por considerar que la competencia viene determinada por el lugar del domicilio social de la demandada.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Es deuda vencida, exigible, vencida y líquida, y puede ser suficiente para la inclusión en el fichero de morosos? ¿Es suficiente, asimismo, la cantidad de 120 euros para que se pueda registrar a un moroso?
- b) ¿Hubo requerimiento de pago en forma? ¿Cabe vulneración del derecho fundamental alegado aunque la inclusión en el fichero de morosos sea anterior al requerimiento de pago?
- c) ¿Se puede considerar bien notificada la deuda a través de los envíos postales y por medio de una empresa contratada al efecto (Promovin)?
- d) ¿Qué órgano judicial es competente territorialmente?

Solución

- a) ¿Es deuda vencida, exigible, vencida y líquida, y puede ser suficiente para la inclusión en el fichero de morosos? ¿Es suficiente, asimismo, la cantidad de 120 euros para que se pueda registrar a un moroso?

En el caso se dice que no pagaba las cuotas, y el obligado (Luis) niega la existencia de la deuda. Parece que el contrato de tarjeta no puede ser discutido, pero tampoco se puede negar que la deuda está judicializada, porque se considera que los intereses son leoninos. Por otro lado, hay cuotas vencidas y no satisfechas. Durante varios meses no se paga la cuota ordinaria de 50 euros. Y, finalmente, la renegociación, la novación de la deuda nos indica que no es posible negar su existencia y el contacto entre el consumidor y la entidad a fin de buscar una solución al pago de lo debido. Por consiguiente, negar la deuda no es posible y negar la relación contractual tampoco. Pero, y esta es la cuestión, ¿la deuda está vencida, es líquida y es exigible? ¿Es válido el impago y el contrato de novación para que Luis sea incluido en el fichero de morosidad?

Lo primero que hay que saber es qué es un fichero de morosos y cómo se regula en la norma los «sistemas comunes de información crediticia» (art. 20 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), también conocidos como «ficheros de solvencia patrimonial». Ya el Tribunal Supremo, tanto en la Sala 1.^a como en la 3.^a distinguía,

por un lado, los ficheros positivos, que trataban los datos obtenidos de registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento; y, por otro lado, los ficheros negativos o de incumplimiento, que se nutrían de datos facilitados por los acreedores. Realmente, los

ficheros de solvencia patrimonial son los primeros que no plantearon, ni de lejos, los problemas que hemos ido conociendo con los registros de incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Pues bien, por un lado, Luis ha sido incluido en el fichero antes del requerimiento de pago; por otro, hay una novación de la deuda que tiene su importancia; y, por lo que aquí nos interesa, la deuda está siendo discutida en los tribunales de justicia.

La síntesis anterior nos lleva a lo siguiente: se admite que la deuda existe, que es posiblemente líquida; ahora bien, ¿es exigible? Y partimos de que se deben dar los tres supuestos. Que sea deuda no se discute, porque el caso narra que se dejan de pagar cuotas y que el deudor renegocia la deuda para intentar extinguirla. Pero si la deuda está ligada a unos intereses que se consideran abusivos, la calidad de los datos y la veracidad son elementos muy a tener en cuenta antes de reclamar o, mejor dicho, antes de registrar a una persona como morosa, pues sucede que una deuda es cierta cuando es indudable, pero no cuando se somete a un litigio. Es este caso, los tribunales de justicia vienen considerando (STS 740/2015, de 1 de marzo; 13/2013, de 29 de enero [NCJ060698]; 176/2013, de 6 de marzo [NCJ057759]; 672/2014, de 19 de noviembre [NCJ059168], y 496/2019, de 27 de septiembre [NCJ064484]) que «la existencia de un proceso judicial o arbitral en el que se esté discutiendo la existencia, cuantía o exigibilidad de la deuda, excluye los requisitos de certeza de los datos personales comunicados a un registro de morosos». Finalmente, los intereses leoninos afectan a la cuantía y al precio final.

La STS de 22 de diciembre de 2015 nos recuerda lo siguiente: si el deudor considera que no debe lo que se le reclama y la cuestión está sometida a decisión judicial, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. Puede que la deuda resulte finalmente reconocida, en todo o en parte, por la sentencia y, por tanto, que el dato al final sea veraz. La razón de la inclusión en el fichero es respecto de deudores que no pueden o quieren pagar de modo no justificado, pero no para aquellos que legítimamente están discutiendo con el acreedor la existencia y la cuantía, como es el caso.

Por supuesto que nos estamos refiriendo a casos en los que falta la calidad del dato y la exactitud del mismo; pudiendo concluirse en que no es válida ni legal la inclusión en el fichero de un potencial moroso cuando se está discutiendo judicialmente la deuda. Pero también cabe hacer la siguiente advertencia para cuando la discusión judicial se convierte en una estrategia para el impago. Si Luis hubiera recurrido al juzgado para eludir el pago de una deuda, de tal suerte que se dejara en su voluntad la interpretación del cumplimiento o no de un contrato, el pronunciamiento al respecto sería otro. Con la exposición de otra sentencia del Tribunal Supremo (174/2018, de 23 de marzo [NCJ063123]):

Es posible que la deuda resulte finalmente cierta y por tanto pueda considerarse como un dato veraz, pero no es un dato pertinente y proporcionado a la finalidad del fichero, que no es la simple constatación de las deudas, sino la solvencia pa-

rimonial de los afectados. Y por ello, solo es pertinente la inclusión de los deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda.

Es decir, distinguimos entre la discusión legítima de una deuda y la judicialización de la misma que encubre una clara voluntad de impago.

Finalmente, daremos una rápida respuesta al último de los interrogantes: ¿es suficiente, asimismo, la cantidad de 120 euros para que se pueda registrar a un moroso?

No es excusa, que impida la inclusión en el fichero, la escasa cuantía debida. El hecho de que la deuda sea de escasa cuantía no implica que el dato no sea pertinente. Si hay certeza y exactitud, la STS 672/2014, de 19 de noviembre (NCJ059168), considera que el impago «no sujeto a una controversia razonable» puede ser indicativo de la insolvencia del deudor. La pertinencia y la proporcionalidad también justifican la inclusión en el fichero.

b) ¿Hubo requerimiento de pago en forma? ¿Cabe vulneración del derecho fundamental alegado aunque la inclusión en el fichero de morosos sea anterior al requerimiento de pago?

La pregunta se subdivide a su vez en otra subpregunta interrelacionada. Decimos que se le requiere de pago. También que se incluye a Luis en el registro de morosos antes del requerimiento de pago. Y apuntamos que los envíos postales al domicilio indicado en el contrato no figuran devueltos, razón por la cual puede entenderse que el consumidor ha sido notificado convenientemente de la deuda.

Cuestión ineludible es que el requerimiento de pago debe contener la advertencia de que, en caso de impago, puede ser incluido en el fichero de morosidad; por consiguiente, la respuesta legal pertinente es que, a falta de aviso previo, no puede preceder el registro en el fichero de morosos como previo al requerimiento.

Porque acerca del requerimiento, según recoge la STS 245/2019 de 25 de abril (NCJ064013),

en la STS 740/2015, de 22 diciembre (NCJ060698), el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito «formal», de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado.

Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

La norma que regula el requerimiento de pago es 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 de carácter personal. Y su artículo 38 especifica claramente que solo puede incluirse en el fichero a quien previamente se la haya efectuado el requerimiento de pago. Visto así, la mercantil ha actuado mal, porque se ha adelantado con la inclusión en el fichero. Pero curiosamente la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 20 sobre sistemas de información crediticia nos dice lo siguiente:

Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos: Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe.

Esta ley entró en vigor el 7 de diciembre de 2021.

Como se advierte, en el caso nos referimos a un contrato del año 2016 y la ley anterior entra en vigor el 7 de diciembre de 2021. Parece que no se puede aplicar a este contrato la alusión a la falta de requerimiento previo si el centro ya advertía de esta posibilidad. Ahora es en el contrato donde se puede especificar que se puede requerir de pago sin necesidad de advertencia de inclusión en el fichero cuando ya el contrato lo decía. Suele suceder que así sea y que, en consecuencia, el requerimiento esté bien hecho para todo contrato posterior a esta ley pero no para los anteriores. El caso no lo aclara, pero parece oportuno ilustrar sobre este particular tras la reforma experimentada en esta ley orgánica.

Ahora bien, contestada la cuestión anterior, la pregunta principal es si cabe vulneración del derecho fundamental al honor en este supuesto. Diríamos que sí por el defecto formal del requerimiento de pago, alegando esencialmente la sentencia del Supremo en la medida en que no se trata de un mero requisito formal, sino de evitar errores con personas no morosas. Sin embargo, la pregunta encierra una trampa: hubo una renegociación de la deuda que nos permite afirmar el conocimiento de la misma, su no cuestionamiento, y una voluntad clara de no pagarla. Por consiguiente, aquí nos hallamos ante dos realidades jurídicas: a) no se cumple con el requisito del artículo 38 y b) el posible decaimiento del requisito del requerimiento de pago ante la actitud renuente del deudor.

La renegociación de la deuda puede ser prueba bastante del reconocimiento de la misma por Luis. No se trata de cuestionar una deuda sino de no pagarla a sabiendas, sin que pueda dejarse a la voluntad de una de las partes la interpretación de su existencia o no. La finalidad del requerimiento, en realidad, decae ante la actitud renuente del deudor a cumplir con la obligación derivada del contrato suscrito.

La STS 245/2019 (NCJ064013) sobre la certeza nos dice

que no significa que la oposición del deudor, «por injustificada que resulte, suponga que la deuda es incierta o dudosa, porque en tal caso la certeza y exigibilidad de la deuda se dejaría al exclusivo arbitrio del deudor, al que le bastaría con cuestionar su procedencia, cualquiera que fuera el fundamento de su oposición, para convertir la deuda en incierta» (STS 562/2020, de 27 de octubre).

Nos dice el Tribunal Supremo lo siguiente:

El recurrente no se vio sorprendido por tal inclusión, y la finalidad del requerimiento había decaído. No era necesario el requerimiento para que tuviese plena certeza de que no era posible llegar a un acuerdo o solución o la posibilidad de explorar vías para conseguirlo, pues hacía tiempo que la acreedora se prestó a ello y accedió a la novación, sin que el recurrente hiciese frente a lo comprometido en la novación. Durante esta y los actos posteriores su conducta ha sido totalmente pasiva, con abandono de toda negociación para saldar la deuda. La acreedora no la sorprende en plena negociación, con inclusión en el registro de solvencia. (STS 563/2019 [NCJ064401], [Civil], Sec. 1.^a, de 23 de octubre de 2019, rec. núm. 6010/2018, y la de 14 de julio de 2020, 422/2020 [NCJ065111], rec. núm. 4943/2019).

En conclusión, en este caso me inclino por pensar que el requerimiento, aun defectuoso, no impide la inclusión de Luis en el fichero, porque nunca tuvo intención de pagar y no se puede escudar en que le sorprendió verse reflejado como moroso.

c) ¿Se puede considerar bien notificada la deuda a través de los envíos postales y por medio de una empresa contratada al efecto (Promovin)?

Un envío masivo de notificaciones no es suficiente para poder acreditar que se hace bien el requerimiento de pago. No es la cantidad sino la calidad. Y no es el número de ellos, ni siquiera el medio empleado, sino la constancia fehaciente de que se ha comunicado la deuda y de que el receptor los sabe. Pues bien, la entidad mercantil utiliza los servicios de Promovin, que realiza el envío postal de numerosos requerimientos de pago a Luis, y este dice que no ha recibido ninguno. Se alega por la empresa que las cartas no han sido devueltas, como un síntoma de su recepción, y que fueron entregadas en el domicilio que se hizo constar (en el contrato original o donde o cuando sea). En el caso, la cuestión, una vez más, es saber si

la comunicación es correcta, lo que hace correcto el requerimiento de pago. Porque no cabe duda de que, además de las cartas postales, existen otros medios como el telegrama, los correos electrónicos, las comunicaciones telefónicas, etc. que permiten dejar constancia de la comunicación. A falta de estas otras alternativas, la jurisprudencia viene considerando que la no comunicación de la devolución no implica necesariamente la recepción correcta y formal del requerimiento. (SAP de Asturias 357/2021, Sec. 5.ª, de 15 de octubre de 2021, rec. núm. 304/2021). Y ello implicaría la vulneración del artículo 38.1 c) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de protección de datos. La STS 13/2013, de 29 de enero (NCJ057650), nos recuerda lo siguiente: «si bien no consta probado de forma fehaciente el envío, lo cierto es que la Ley no exige esta fehaciencia, y sí figuran elementos indiciarios de que la comunicación y requerimiento se realizó». Esto abunda en lo dicho anteriormente; es decir, que si siendo esas otras formas alternativas de comunicación, podemos llegar a la conclusión de que la notificación es correcta, pero a falta de ellas el envío postal y la no devolución de la carta no significa precisamente ejecutivo, especificado en el artículo 38 de la ley.

d) ¿Qué órgano judicial es competente territorialmente?

Dijimos que la deuda pasó a ser discutida en los tribunales, al considerar Luis que las condiciones pactadas en el contrato de tarjeta de compra eran nulas, especialmente los intereses. Si bien la demanda se interpone, a elección de él, en el juzgado de su domicilio, y este se inhibe por considerar que la competencia viene determinada por el lugar del domicilio social de la demandada. Hay, por consiguiente, una acumulación de acciones: de un lado están las condiciones generales del contrato y por otro la cláusula de intereses usurarios abusivo por impago de la deuda (art. 71.4 LEC).

Dispone el artículo 53 de la LEC:

Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente.

Según este artículo, la acción cualitativa es el fundamento de la competencia, pues pretende conseguir el fin esencial de la litis, antecedente o base para el éxito de la pretensión.

La acción de nulidad del contrato de tarjeta, con fundamento en la Ley Azcárate, es la principal con relación a la otra que pretende declarar nulos los intereses abusivos remuneratorios, por falta de información y transparencia (ATS de 24 de noviembre de 2020, rec. núm. 188/2020).

Tenemos otro artículo de referencia para resolver esta cuestión. Es el 52.1.14.ª de la LEC. Dice así:

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales.

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

Por consiguiente, si la tarjeta de crédito del caso contiene cláusulas nulas derivadas de condiciones generales de la contratación, aparentemente, y según este artículo, la competencia vendría determinada por el domicilio de Luis, el consumidor.

A este respecto, el ATS de 9 de abril de 2019 (conflicto 37/2019), que a su vez se remite al ATS de 25 de octubre de 2017 (conflicto 106/2017) indicó que:

En este caso, la competencia territorial de la acción ejercitada con carácter subsidiario viene determinada por el art. 52.1.14.º de la LEC, que prevé la competencia del juzgado del domicilio del demandante, puesto que en ella se solicita la declaración de nulidad de determinadas condiciones generales por considerarlas abusivas. Pero en la principal, acción de nulidad radical absoluta y originaria del contrato, no es aplicable ninguno de los fueros competenciales previstos en los diversos apartados del art. 52.1 de la LEC.

Como quien ejercita la acción es un consumidor, es aplicable la regla competencial del artículo 52.3 de la LEC, conforme a la cual «será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51». Dado que la demandada es de persona física, es el artículo 51.1 de la LEC, que prevé que sea demandada en el lugar de su domicilio o en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

En tal sentido se pronuncia el ATS (Civil), Sec. 1.ª, de 1 de diciembre de 2020, rec. núm. 204/2020; citando en el mismo sentido el ATS de 17 de marzo de 2020 (conflicto 29/2020). Más recientemente, ATS (Civil), Sec. 1.ª de 27 de abril de 2021, rec. núm. 276/2020, según se menciona, en línea con lo declarado por esta sala en ocasiones anteriores (Autos de 21 de julio de 2020, conflicto 83/2020; 17 de marzo de 2020, conflicto 29/2020; 30 de junio de 2020, conflicto 94/2020; 9 de abril de 2019, conflicto 37/2019; 25 de octubre de 2017, conflicto 106/2017, y 13 de abril de 2021, conflicto 296/2020). Más recientemente, y en este sentido, con aplicación del artículo 52.3 de la LEC, el ATS (Civil), Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2021, rec. núm. 110/2021.

Por consiguiente, en los distintos supuestos donde se contempla la posible competencia para esta caso, el artículo 52.1.14 y el 52.3 (incluso diríamos el 52.2), la jurisprudencia resuelve definitivamente que sea el número 3 del 52, que nos dice lo siguiente:

Cuando las normas de los apartados anteriores no fueren de aplicación a los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51.

Luis, en definitiva, ha elegido su domicilio, sin embargo, el juzgado se inhibe en favor del juzgado del domicilio social de la demandada. Craso error por lo que se ha dicho, pues el foro alternativo aplicable es el del artículo 52.3 de la LEC, porque la acción principal es la de nulidad radical absoluta y originaria del contrato de tarjeta de crédito contratada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), art. 20.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 50, 51, 52, 53 y 71.4.
- Real Decreto 1720/2007 (Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal), art. 38.
- SSTS 245/2019, de 25 de abril, Sec. 1.^a, en la STS 740/2015, de 22 diciembre; 563/2019, Sec. 1.^a, de 23 de octubre, rec. núm. 6010/2018; de 1 de junio de 2021, Sec. 1.^a, rec. núm. 110/2021, y 422/2020, de 14 de julio, rec. núm. 4943/2019.
- AATS de 25 de octubre de 2017, conflicto 106/2017; 9 de abril de 2019, conflicto 37/2019; 17 de marzo de 2020, conflicto 29/2020; 30 de junio de 2020, conflicto 94/2020; 21 de julio de 2020, conflicto 83/2020; 1 de diciembre de 2020, rec. núm. 04/2020; 13 de abril de 2021, conflicto 296/2020; 27 de abril de 2021 (Civil), Sec. 1.^a, rec. núm. 276/2020.
- SAP de Asturias 357/2021, Sec. 5.^a, de 15 de octubre de 2021, rec. núm. 304/2021.