



## A FONDO

### Los ficheros de solvencia patrimonial en la proyectada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. ¿Un avance o una oportunidad perdida? <sup>(1)</sup>

M.<sup>a</sup> Dolores Mas Badia  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universitat de València



#### FICHA TÉCNICA

**Resumen:** La gestión del riesgo constituye el núcleo duro del negocio crediticio. En definitiva se trata de tomar decisiones basadas en juicios acerca de la probabilidad de que el prestatario reembolse el préstamo, respaldados por diversas garantías que tienden a mitigar el riesgo. Tales juicios se alimentan de información, que se convierte en uno de los principales activos del sector. En este escenario, los Sistemas de Información Crediticia, que articulan el intercambio de información sobre la solvencia de los clientes entre los operadores del mercado de crédito, a partir de la gestión de ficheros comunes de solvencia, son una pieza vital de las infraestructuras y del sistema financiero mismo. Son muchos los argumentos que sustentan la conveniencia de configurar los SIC de modo que traten datos no solo negativos, sino también positivos que permitan evaluar de forma más certera la solvencia del solicitante de crédito. Sin embargo, en España, a diferencia de otros países de nuestro entorno jurídico, los ficheros privados de solvencia patrimonial (al margen queda la CIRBE, que tiene

carácter público) se configuran, en general, como ficheros negativos (conocidos como registros de morosos o de impagados). Recientemente se ha iniciado la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOPD, que busca adecuar el ordenamiento jurídico interno al Reglamento General de protección de Datos (UE) 2016/679 (RGPD), aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. Debemos plantearnos hasta qué punto, de salir adelante la regulación propuesta en el Proyecto, cabe esperar una mejora en el sistema o, por el contrario, nos encontraremos ante una oportunidad perdida para configurar los SIC de forma más eficiente. Tras reflexionar sobre esta cuestión, se hacen en el trabajo una serie de propuestas de futuro.

**Palabras clave:** Sistemas de Información Crediticia; ficheros privados de solvencia patrimonial; préstamo responsable; anteproyecto de LOPD; Reglamento (UE) 2016/679; Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

(1) Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto PROMETEO «Derecho civil y europeo», PROMETEOII/2015/014 y del Proyecto de investigación del Plan Nacional de I+D+I «Un Derecho del Seguro más social y transparente» (DER204-54221-R). Se inscribe en una línea de investigación que se benefició de una estancia de investigación en el Institute of Advanced Legal Studies (University of London), desde el 11 de octubre hasta el 10 de diciembre de 2016, financiada gracias a una beca para estancias cortas de la Universitat de València.

**Abstract:** Risk management constitutes the hard core of the credit business. At the end it's basically about taking decisions based on estimations about the likelihood that the borrower refunds the loan, reinforced by various guarantees which tend to reduce the risk. Those judgements fuel themselves with information, that becomes one of the main assets of the sector. In this setting, Credit Reporting Systems (SICs), that articulate the interchange of information about the solvency of customers among the operators of the credit market, based on the management of credit registries, are a critical part of infrastructure and the financial system itself. There are many arguments that support the convenience of configuring the SIC so that it uses data not only negative but also positive that enables lenders to evaluate credit risk more accurately. However, in Spain, differently from other countries in our legal environment, private credit registries (the CIRBE stays out-

side, since it has a public nature) are configured, generally, as black lists. Recently we have begun the parliamentary Personal Data Protection Bill processing, that is oriented to adapt the Spanish regulations to the General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR) that shall apply from May 25th 2018. We have to consider to which extent, if the regulation proposed in the Bill goes forward, some upgrade in the system should be expected, or, on the other hand, we would find a decisive missed opportunity to configure SICs in a more efficient way. After analyzing this issue, the paper offers a series of proposals for the future.

**Keywords:** Credit Reporting Systems; private credit registries; responsible lending; Draft Organic Law on the protection of personal data; Regulation (EU) 2016/679; General Data Protection Regulation (GDPR).

## SUMARIO

- I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS
- II. FACTORES BÁSICOS A TENER EN CUENTA EN EL ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA (SIC) EN ESPAÑA
- III. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA CONVENIENCIA DE CONFIGURAR LOS SIC COMO SISTEMAS POSITIVOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA
- IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS EN QUE SE PUEDE SUSTENTAR LA CONFIGURACIÓN DE LOS SIC COMO SISTEMAS POSITIVOS A LA LUZ DEL RGPD: EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO EN LA ENCRUCIJADA

- V. RETOS DE LA REGULACIÓN FUTURA DE LOS SIC EN ESPAÑA
- VI. CONCLUSIÓN GENERAL

### I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

Se dice que la gestión del riesgo constituye el núcleo duro del negocio financiero. Al fin y al cabo, la esencia de la concesión de crédito consiste en tomar decisiones sobre la base de juicios acerca de la probabilidad de que el prestatario reembolse el préstamo, respaldados por diversas garantías que tienden a mitigar el riesgo. Tales juicios se alimentan de información, que se convierte en uno de los principales activos del sector.

En este escenario, los Sistemas de Información Crediticia (SIC) o «Credit Reporting Systems» (CRS), que articulan el intercambio de información sobre la solvencia de los clientes entre los operadores del mercado de crédito, son una pieza vital de las infraestructuras y del sistema financiero mismo<sup>(2)</sup>.

(2) Un Sistema de Información Crediticia (SIC) o «Credit Reporting System» (CRS) tiene por objeto la recogida, tratamiento y comunicación de información relativa a la solvencia de las personas, entendida como la probabilidad de que cumplan sus deudas futuras. Su finalidad principal es el intercambio de esta información entre los operadores del mercado de crédito con el objeto de ayudarles a evaluar de forma ágil y certera la solvencia de quien solicita financiación y adoptar, en consecuencia, la decisión de concederla o no, controlando así el riesgo de crédito. Todo ello sin perjuicio de la utilidad para los supervisores del mercado financiero en el ejercicio de sus funciones de control o para fines estadísticos.

Dentro del SIC ostentan un papel protagonista los intermediarios especializados en recabar, seleccionar, almacenar de forma estructurada, verificar, analizar estadísticamente y comunicar los datos o informes crediticios, además de proporcionar, en su caso, otros servicios de valor agregado (como la elaboración de calificaciones crediticias, conocidas como «credit scores»<sup>(3)</sup>; el seguimiento de carteras; la detección de fraudes; funciones de cobranza; o algunos servicios relevantes para la comercialización de productos). Estos intermediarios son titulares de un conjunto de ficheros y bases de datos —un fichero automatizado central— que sirve a estos fines y tienen un claro valor patrimonial («ficheros de solvencia patrimonial y crédito»). Pueden tener carácter privado (bureaus de crédito, «credit bureaus» o «private credit registries») o público (registros públicos de crédito, «public credit registries»). Los primeros son gestionados por asociaciones privadas o sociedades mercantiles («consumer reporting agencies», «credit reference agencies») y se rigen, básicamente, por la autonomía privada. Para las personas adheridas a ellos, que pueden ser o no entidades de crédito, la recogida y tratamiento de información sobre solvencia queda externalizada en todo o en parte a través del uso de estos sistemas, lo que supone un menor coste que el que tendrían que afrontar de llevar a cabo directamente tales labores —y que muchas pequeñas o medianas empresas no podrían asumir— además de permitirles una mayor agilidad en la toma de decisiones. Para el titular del sistema, la información tratada constituye un valor patrimonial<sup>(4)</sup>, cobrando habitualmente una cuota por sus servicios, que muchas veces incluye una tarifa plana por ser miembro y un pago adicional por consulta, con posibilidades de descuentos según volumen.

Son muchos los argumentos que sustentan la conveniencia de configurar los SIC de modo que se potencie, junto al tratamiento de datos negativos, relativos al historial de incumplimientos del solicitante de crédito, el de datos positivos sobre su situación patrimonial activa y pasiva (p.e., tipo y cuantía de créditos que tiene concedidos), garantías otorgadas, historial laboral y otras circunstancias que ofrezcan una imagen más realista sobre la probabilidad de que haga o no frente a sus deudas futuras y permitan sustentar su acceso al crédito no solo en la existencia de garantías materiales sino también reputacionales, favoreciendo la competencia entre los concedentes de crédito. Este tipo de reputación puede resultar especialmente importante en el ámbito del crédito al consumo y en relación con la inclusión financiera de los profesionales, autónomos y pequeños empresarios. Por otra parte, en el contexto socioeconómico originado por la grave crisis financiera de la última década, la noción de préstamo responsable como reto estratégico a nivel europeo e internacional hace que los SIC tengan un interés emergente, reforzado por el desafío constante que plantea a estos mecanismos un mundo interconectado gracias a los avances de las nuevas tecnologías. Sintomático de este último desafío es la reciente aparición de empresas fintech, cuya actividad se orienta a ofrecer servicios relacionados con la evaluación de la solvencia y el scoring, combinados o no con la gestión de servicios de crowdfunding.

El problema es que, en nuestro país, en el caso de prestatarios personas físicas, la tradición, volcada en las sucesivas leyes orgánicas de protección de datos de carácter personal, tal y como las han interpretado la gran mayoría de la doctrina, los Tribunales y la AEPD, juega a favor de distinguir entre datos positivos y negativos sobre

(3) El «credit scoring» es un método estadístico, iniciado en los años 60 en relación con la emisión de tarjetas de crédito y extendido después a otros sectores, que suelen emplear las entidades financieras de forma cada vez más habitual, pero también pequeñas y medianas empresas, para medir el riesgo de crédito. Consiste en asignar una puntuación al prestatario que cuantifica su probabilidad de cumplimiento de sus obligaciones y se calcula a partir del historial crediticio utilizando un modelo estadístico o un algoritmo matemático. Tiene, por tanto, un valor predictivo más o menos fiable dependiendo de distintos parámetros. El número asignado al sujeto evaluado está dentro de un rango de calificaciones. Cuanto más elevado es, indica un mayor índice de solvencia. En el documento del BANCO MUNDIAL, *General Principles for Credit Reporting*, <http://documents.worldbank.org/curated/en/662161468147557554/pdf/70193-2014-CR-General-Principles-Web-Ready.pdf>, p. 14, se afirma que este valor predictivo es mayor cuando se aplica a una población de prestatarios homogénea en relación con el tipo de producto de crédito acerca del cual se esté valorando su solvencia. De ahí que se utilicen tablas de puntuación diferentes respecto de préstamos personales o hipotecarios, respectivamente. La calificación crediticia se emplea en el proceso de aprobación de préstamos para normas simples de aprobación o rechazo o para reglas más sofisticadas de determinación de precios, basadas en el riesgo y los límites de crédito (CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, Washington, 2006, <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/122091468177562819/pdf/388570WP0SPAN11JAN0110200601PUBLIC1.pdf>, p. 49).

(4) Sobre esta cuestión, véase MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España: algunas cuestiones pendientes», en *Nuevos retos jurídicos de la sociedad digital*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 203-205. En el documento de la CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Sistemas de información crediticia ...*, op. cit., p. 11, se ofrece un cuadro comparativo de los diferentes tipos de SIC según las estructuras de propiedad a las que responden. Se distingue entre los que tienen fines de lucro y son de propiedad de acreedores, los que tienen fines de lucro pero no son propiedad de acreedores y los que carecen de finalidad lucrativa y corresponden a una asociación de acreedores. Se destaca las ventajas e inconvenientes de cada categoría y se ilustra con ejemplos extraídos de diferentes países.

solvencia, prescindiendo del consentimiento del afectado para el tratamiento de los segundos, pero no de los primeros, salvo que procedan de fuentes de acceso público. Esta circunstancia ha provocado que, a diferencia de otros países de nuestro entorno jurídico, los ficheros privados de solvencia patrimonial (al margen queda la CIRBE, que tiene carácter público) se configuren, en general, como ficheros negativos (conocidos como registros de morosos o de impagados) y no positivos, limitándose el tratamiento de los datos al de las deudas concretas incumplidas.

*A diferencia de otros países de nuestro entorno jurídico, los ficheros privados de solvencia patrimonial se configuran, en general, como ficheros negativos y no positivos*

Este planteamiento se perpetuaba en el art. 14 (complementado con la DA 8) del Anteproyecto LOPD publicado a finales de junio de 2017<sup>(5)</sup>. Finalmente, el Consejo de Ministros aprobó el pasado 10 de noviembre el Proyecto de LOPD, que acaba de iniciar su andadura en el Parlamento. En lo que a los SIC se refiere, contiene novedades significativas en comparación con el Anteproyecto, pero ¿son suficientes para desbloquear el desarrollo de sistemas positivos de información crediticia en nuestro país o, de salir adelante, estaremos ante una oportunidad perdida para configurar los SIC de forma más eficiente, al menos en relación con deudores personas físicas —consumidores o no, incluidos, por tanto, profesionales y empresarios individuales<sup>(6)</sup>—, que son las amparadas por las normas que desarrollan el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal?

En las páginas que siguen reflexionaré sobre esta cuestión y haré una serie de propuestas de futuro.

- (5) El Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, dedicaba a los SIC el art. 14 («Sistemas de información crediticia»), ubicado en el Capítulo II («Disposiciones aplicables a tratamientos concretos»), así como la disposición adicional octava. Disponible en: [http://www.mjusticia.gov.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gov.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html)
- (6) El RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que constituye el desarrollo reglamentario de la LO 15/1999, en el art. 2.2 excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos de personas jurídicas y el de los relativos a las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales. Y, en el número 3 amplía la exclusión a los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros. Sin embargo, además de argumentos de jerarquía normativa vinculados a la insuficiencia del rango de este Real Decreto para definir el ámbito subjetivo del derecho reconocido por la LO 15/1999 y por el art. 18 CE y garantizado igualmente por el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado en el sentido de afirmar el derecho a la protección de datos de carácter personal, que tiene, no se olvide, carácter fundamental, de todas los individuos, incluidos comerciantes y profesionales en el ejercicio de su profesión o actividad comercial. En este sentido se manifiesta la STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2040/2014), en relación con la indebida inclusión de datos sobre incumplimiento de un abogado en ejercicio en el fichero de morosos Asnef, del que es responsable Equifax Ibérica, S.L.. Los datos se referían a un contrato concertado por el abogado con una empresa que facilitaba la publicidad de la actividad profesional en la web de páginas amarillas. En primera y segunda instancia, el abogado había sido considerado como comerciante, negándole en cuanto tal el derecho a la protección de datos de carácter personal. El TS, en la sentencia objeto de comentario, señala: «La Carta de Derechos Fundamentales, el Convenio y el art. 18.4 de la Constitución no configuran el derecho a la protección de los datos personales como un derecho limitado a las personas que no sean comerciantes. La Carta concede tal derecho a "toda persona", el Convenio, a "cualquier persona física", y la Constitución, a "los ciudadanos". Asimismo, la LOPD, en su art. 2, al regular su ámbito de aplicación, no excluye del mismo a los comerciantes. Por tanto, la regulación de tal derecho que resulta de tales normas superiores, y en concreto la relativa a los principios de calidad de los datos y los derechos de los interesados en relación al tratamiento de sus datos personales, resulta de aplicación a todos los ciudadanos, sean o no comerciantes o profesionales. Cuestión distinta es que algunos de los datos relativos a los comerciantes (el nombre comercial, el domicilio, el teléfono, las actividades empresariales, etc.) puedan ser objeto de tratamiento automatizado sin observar los requisitos y garantías de la normativa de protección de datos, al quedar fuera del ámbito de aplicación de la LOPD, por la finalidad a la que responde esta ley, y no afectar al derecho fundamental del art. 18.4 de la Constitución. En consecuencia, la previsión del art. 2.3 RPD, cuando establece que " los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal", no puede suponer que las personas físicas que reúnan la condición de comerciante carezcan del derecho a la protección de datos personales reconocido en el Convenio, la Carta y la Constitución, y menos aún cuando este derecho esté en relación directa con la protección de su derecho al honor. Tampoco puede suponer que estas personas queden excluidas del ámbito de aplicación de la LOPD, pues un reglamento no puede excluir de la protección de una ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental a quienes la Constitución, el Convenio, la Directiva y la propia ley orgánica no han excluido». Estas conclusiones no se ven alteradas por el RGPD.

## II. FACTORES BÁSICOS A TENER EN CUENTA EN EL ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA (SIC) EN ESPAÑA

Aunque la importancia de los Sistemas de Información Crediticia puede predicarse a nivel internacional, en España, cualquier análisis actual de los mismos debe partir de unos factores específicos, que guardan relación, por una parte, con la integración en la Unión Europea, y, por otra, con las orientaciones asumidas tradicionalmente por el legislador sobre protección de datos de carácter personal.

### 1. Regulación de los SIC y protección de datos. La inminente aplicación del Reglamento (UE) 2016/679

En primer lugar, frente a planteamientos más utilitaristas o economicistas, como el estadounidense —donde los SIC privados tienen un fortísimo arraigo—, el modelo europeo se halla más preocupado por la protección de los derechos fundamentales del deudor, muy en especial, su derecho al honor y a la autodeterminación informativa o derecho a la protección de los datos de carácter personal<sup>(7)</sup>.

El riesgo que corren estos derechos en relación con los SIC no es hipotético sino muy real. En la Memoria de 2016 de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante,

AEPD) se confirma una tendencia preocupante que dota de un indeseable protagonismo a los ficheros de solvencia. Ofreceré solo dos datos a modo de ejemplo: constituyen el área con mayor importe global de sanciones impuestas por la AEPD y la que ha dado lugar al mayor número de actuaciones previas iniciadas por la Agencia<sup>(8)</sup>.

*En la Memoria de 2016 de la Agencia Española de Protección de Datos se confirma una tendencia preocupante que dota de un indeseable protagonismo a los ficheros de solvencia*

Sintomático de este enfoque y de los problemas que se conciben como centrales es que, en concreto en España, no existe una ley específica sobre ficheros de solvencia patrimonial y crédito sino que su regulación básica ha anidado tradicionalmente en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD)<sup>(9)</sup>.

Esto nos sitúa frente a una circunstancia que de modo inminente afectará al marco legal y regulatorio en que se mueven los SIC, en Europa y en España. Me refiero a la próxima aplicación del nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo

(7) En relación con el derecho al honor, el Tribunal Constitucional lo ha reconocido con claridad a las personas jurídicas a partir de la STC 139/1995, de 26 de septiembre, con algún antecedente anterior más tibio. Resulta innegable la trascendencia que tiene en el mercado el buen nombre o reputación comercial de la empresa, incluyendo la consideración que merezca su seriedad en el cumplimiento de sus deudas y su solvencia. Por lo que respecta al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, que tiene carácter autónomo, solo rige en relación con personas físicas, sin que quede excluido el derecho cuando aquellas actúan como comerciantes o profesionales (*vid.* la nota anterior).

(8) Según la Memoria de 2016 de la AEPD (disponible en [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion\\_institucional/common/memorias/2016/Memoria\\_AEPD\\_2016.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2016/Memoria_AEPD_2016.pdf)), el mayor número de sanciones impuestas recayeron en infracciones cometidas por la inclusión indebida en los llamados «ficheros de morosos». Además, el aumento de reclamaciones de tutela de derechos se debe principalmente a las presentadas respecto de los ficheros de solvencia patrimonial, siendo el derecho de cancelación el más reclamado. Descendiendo a cifras concretas, el mayor número de actuaciones previas iniciadas por la AEPD versa sobre los ficheros de morosos (1.313, que constituyen un 18% del total). En cuanto a las resoluciones sancionadoras en el sector privado, los ficheros de morosidad ocupan el segundo puesto tras la videovigilancia, con un total de 141 (21,56%). Constituyen, por otra parte, el área con mayor importe global de sanciones en la anualidad de referencia (5.835.007 euros —45,85% del total—).

(9) La regulación general de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en el art. 29 LOPD, desarrollado reglamentariamente por los arts. 37 a 44 RLOPD, se completa con algunas importantes referencias a este tipo de ficheros en el art. 14.1 y en el art. 15 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante, LCCC) —BOE núm. 151, de 25.06.2011—, que toma la regla de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, objeto de trasposición (DOUE L 133, de 22.05.2008. Atiéndase a los arts. 8 y 9 de la Directiva 2008/48/CE).

que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE<sup>(10)</sup>, que ha constituido la piedra angular del acervo comunitario en esta materia durante más de veinte años, además de texto de referencia de gran influencia en el contexto internacional (Reglamento General de Protección de Datos; en adelante, RGPD). Aunque el Reglamento europeo entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOUE*, que tuvo lugar el 4 de mayo de 2016, no será aplicable hasta el del 25 de mayo de 2018 (cfr. art. 99 RGPD). Esta «vacatio legis» de dos años, que coincide con el plazo que suele darse para trasponer las directivas, pretende, por una parte, dar tiempo

a los legisladores de los Estados miembros para proceder a los ajustes necesarios en su Derecho interno<sup>(11)</sup>; y, por otra, permitir a los sujetos obligados por el reglamento, adecuar al mismo sus protocolos y comportamientos.

Lo cierto es que el RGPD, igual que sucedía con la Directiva 95/46/CE a la que sustituye, no regula de modo específico los sistemas de información crediticia. Es una tarea que sigue quedando en manos de los legisladores nacionales siempre dentro del marco del acervo comunitario. Esto provoca un resultado hasta cierto punto incoherente con la filosofía que ha informado el paso de la técnica de la directiva a la del reglamento —norma de aplicación directa, que no necesita trasposición—<sup>(12)</sup> en

---

En materia de arrendamientos urbanos, el art. 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (*BOE* núm. 134, de 05.06.2013), prevé la creación de un «registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler». Pese a los años transcurridos, todavía no ha visto la luz, lo que evidencia las dificultades derivadas de la imbricación de los distintos intereses en juego. A este registro me referí con mayor profundidad en MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 746, noviembre-diciembre 2014, pp. 3049-3107, lugar al que me remito.

Por su parte, el art. 18 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (*DOUE* L 60/34, de 28.02.2014), regula el deber de evaluar la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato de crédito, con referencia, entre otros aspectos, a la consulta de bases de datos, lo que supone una clara referencia a los ficheros de solvencia patrimonial. La Directiva será objeto de próxima trasposición a nivel estatal en España, aunque superando con mucho el plazo máximo para ello, que finalizó el 21 de marzo de 2016. A tal efecto, el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario fue presentado en el Congreso el día 6 de noviembre y calificado el 14 de noviembre. Con carácter previo, la Directiva 2014/17/UE ha encontrado desarrollo en algunas leyes autonómicas: la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA* núm. 114, de 16.06.2016 y *BOE* núm. 157, de 30.06.2016. Véase el art. 13); y la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, que modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (*DOG* núm. 6780 de 31.12.2014 y *BOE* núm. 18 de 21.01.2015). Véase, en relación con esta última, el art. 263.2, añadido por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre (art. 20); la vigencia del apartado 4 se halla suspendida —cfr. ATC de 12 de abril de 2016, *RJC* 72A/2016—.

Las normas anteriores ponen de relieve cómo el deber de evaluar la solvencia del deudor se mueve en la actualidad en el contexto del préstamo responsable. En las disposiciones que trazan su marco legal es habitual encontrar referencias a la información proporcionada por estos ficheros. Después volveré sobre esta cuestión.

(10) *DOUE* L 119/1, de 04.05.2016.

(11) Aunque el RGPD es una norma de aplicación directa, no determina el barrido de las disposiciones nacionales sobre protección de datos de carácter personal. Sigue quedando en manos de los legisladores de los Estados miembros el desarrollo de muchos aspectos, como reconoce el propio Reglamento europeo en sus Considerandos núms. 8 y 10. Las normas internas pueden cumplir distintas funciones, desde especificar las reglas del Reglamento o añadir ulteriores restricciones cuando ello sea posible, hasta cubrir lagunas que presente la normativa europea. El Proyecto de LOPD se hace eco de esta realidad en su Exposición de Motivos, (punto III) subrayando que la intervención del Derecho interno en los ámbitos concernidos por el Reglamento europeo puede ser no solo procedente sino incluso necesaria tanto para la depuración del ordenamiento nacional como para el desarrollo o complemento del RGPD. Se apela al principio de seguridad jurídica para justificar la regulación del derecho a la protección de datos personales a través de normas internas a pesar de la existencia del Reglamento (UE) 2016/679, con el fin de hacerlo cognoscible de manera clara y pública por los ciudadanos y los operadores jurídicos nacionales y de eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas internas anteriores al RGPD incompatibles con sus prescripciones. Y se recuerda que el RGPD contiene un buen número de habilitaciones cuando no de imposiciones a los EEMM a fin de regular determinadas materias.

(12) Con el paso de la técnica de la directiva a la del reglamento —obligatorio en todos sus elementos y de aplicación directa—, la UE persigue superar las divergencias entre las regulaciones aplicables en los diferentes EEMM en materia de protección de datos, optando por una norma que no necesita ser traspuesta.

materia de protección de datos de carácter personal: la perpetuación de la heterogeneidad de los SIC entre los propios Estados miembros<sup>(13)</sup>.

Es cierto que hoy por hoy falta acuerdo entre los expertos acerca de la conveniencia de fomentar un registro europeo centralizado sobre solvencia patrimonial (veremos si la recientemente creada base de datos analítica de créditos AnaCredit puede llegar a evolucionar en este sentido<sup>(14)</sup>). Pero lo que nadie discute es que, si existen diferentes SIC en el entorno europeo, la falta de homogeneidad entre ellos constituye un freno a la efectiva circulación de los datos sobre solvencia y a la competencia en este sector<sup>(15)</sup>.

La importancia de las comunicaciones transfronterizas de datos sobre solvencia se incrementa en algunos supuestos, cada vez más habituales por la extensión de la movilidad y de la digitalización. Así, el caso en que un sujeto inicie actividades económicas en un nuevo país o incluso traslade su residencia a este y necesite contar con financiación provista por entidades locales, que tendrán interés en acceder a su historial crediticio existiendo el riesgo de que, de otro modo no concedan la financiación. O en el de aquellas empresas o entidades financieras que desean ampliar su actividad online sin límite de fronteras.

Como pone de relieve la Comisión Europea en el *Libro verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas*, por mucho que la Directiva sobre crédito al consumo o la Directiva sobre crédito inmobiliario residencial (a la que se refiere como Directiva sobre crédito hipotecario), proclamen el derecho de los acreedores a consultar las bases de datos de

crédito de otros Estados miembros sin discriminación alguna para evaluar la solvencia de sus posibles clientes, lo cierto es que esto no puede oscurecer los problemas con que se encuentran las empresas cuando intentan utilizar estos datos y que las ponen muchas veces en dificultades para prestar servicios transfronterizos de forma rentable. Pues bien, uno de los factores en que se manifiesta la citada y entorpecedora heterogeneidad es la existencia de diferentes criterios respecto de los datos que son pertinentes para la evaluación de la solvencia. Algunos registros de crédito únicamente utilizan informes negativos (ceñidos solo a las deudas que ha incumplido el sujeto). Son los conocidos —en expresiones con indudables connotaciones peyorativas— como listas negras o registros de morosos o impagados. Otras bases, por el contrario, contienen también datos tales como situación patrimonial activa y pasiva (p.e., tipo y cuantía de créditos concedidos), garantías otorgadas, historial laboral, etc., que pueden ofrecer una imagen más certera sobre el nivel de endeudamiento y las probabilidades de que el sujeto cumpla sus deudas futuras. Son los denominados ficheros positivos de solvencia patrimonial o listas blancas<sup>(16)</sup>.

## 2. La tradicional configuración de los ficheros privados de solvencia patrimonial como ficheros negativos en España

La segunda circunstancia sobre la que quiero llamar la atención, en conexión con la idea con la que cerraba el apartado anterior, no es otra que la tradicional configuración de los ficheros privados<sup>(17)</sup> de solvencia, en España, como registros negativos o de morosos y no positivos.

(13) Así se constata por la COMISIÓN EUROPEA en el Libro verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas, COM(2015) 630 final, 10.12.2015. En el mismo sentido discurre el Report of the Expert Group on Credit Histories, publicado en mayo de 2009 (Disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/credit\\_histories/egch\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/credit_histories/egch_report_en.pdf)).

(14) En la doctrina española, aboga por un SIC europeo CUENA CASAS, Matilde, «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado crediticio», *Indret* 3/2017, p. 11. En la p. 12 se plantea la potencialidad que puede tener AnaCredit en este sentido a largo plazo. De momento, AnaCredit solo se encuentra al servicio de la adopción de decisiones de política monetaria y la supervisión macroprudencial, como subraya el propio Banco Central Europeo. AnaCredit es el acrónimo de «analytical credit datasets» (base de datos analítica de créditos), una nueva base de datos con información detallada sobre préstamos bancarios individuales en la zona del euro. Se halla regulada en el Reglamento (UE) 2016/867 del Banco Central Europeo, de 18 de mayo de 2016, sobre la recopilación de datos granulares de crédito y de riesgo crediticio (BCE/2016/13), DOUE L 144/44, de 01.06.2016. El BCE inició el proyecto en 2011, en colaboración con los bancos centrales nacionales de la zona del euro y otros bancos centrales no pertenecientes a ella y se espera que se active en septiembre de 2018.

(15) Distintos instrumentos internacionales han puesto de relieve esta disfunción. Así, la COMISIÓN EUROPEA, en el *Libro verde sobre los servicios financieros al por menor... op. cit.*, pp. 26-27.

(16) COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde sobre los servicios financieros al por menor... op. cit.*, pp. 26-27.

(17) Al margen de esta afirmación queda la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), pero en este caso no estamos ante un sistema privado, sino público y aunque trata datos tanto positivos como negativos, no carece, como ha

Aunque a nivel mundial y en el círculo más restringido de la Unión Europea es elevado el porcentaje de países que cuentan con sistemas de información crediticia que gestionan información positiva y no solo negativa dirigida a evaluar la solvencia de quien demanda crédito<sup>(18)</sup>, en España constituye una asignatura pendiente.

Ello obedece a unas razones determinadas y presenta unos inconvenientes. La razón principal consiste en que, como señalaba, la tradición juega a favor de exigir el consentimiento del deudor para el tratamiento de sus datos «positivos», salvo que se obtengan de fuentes accesibles al público, a diferencia de lo que ocurre con los datos «negativos», relativos a las deudas incumplidas, datos, estos sí, que pueden ser suministrados por los acreedores sin necesidad de que el deudor lo consienta (cfr. art. 29 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal —en adelante, LOPD—<sup>(19)</sup> y su correspondiente desarrollo reglamentario<sup>(20)</sup>); y, antes que esta, el art. 28 de la LO 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de

carácter personal<sup>(21)</sup> —en adelante, LORTAD—<sup>(22)</sup>, complementada con diversas Instrucciones de la AEPD, en especial, a lo que ahora nos interesa, la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito<sup>(23)</sup>).

La doctrina entiende, de forma generalizada, que el art. 29 LOPD (siguiendo la estela del anterior art. 28 LORTAD) regula, en sus números 1 y 2, dos tipos de ficheros de solvencia diferentes: los positivos y los negativos, respectivamente<sup>(24)</sup>. Y ello pese a que los términos utilizados en el número 2 del art. 29, «cumplimiento o incumplimiento», podrían sugerir un contenido más amplio. De acuerdo con esto, la recogida y tratamiento de los datos positivos sobre solvencia requiere, bien el consentimiento informado del titular de los mismos, bien la habilitación legal derivada de tratarse de datos que constan en fuentes accesibles al público. En cambio, los datos negativos (deudas incumplidas) pueden ser comunicados por los acreedores sin necesidad de que el deudor lo con-

subrayado CUENA CASAS, de limitaciones tanto en cuanto a las fuentes de información y los sujetos que tienen acceso al mismo como al contenido de la información suministrada. Así, p. e., no se comunican datos de los titulares cuyo riesgo acumulado en una entidad sea inferior a 9.000 euros (CUENA CASAS, Matilde, «Crédito responsable, información financiera y protección de datos personales», ¿Hay derecho? El blog sobre la actualidad jurídica y política, 14 de febrero de 2012, <http://hayderecho.com/2012/02/14/credito-responsable-informacion-financiera-y-proteccion-de-datos-personales/>). La regulación jurídica básica de la CIRBE se contiene en la Ley 44/2002, de 2 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (BOE núm. 281, de 23/11/2002), modificada, y complementada por diversas normas posteriores, que manifiestan un paulatino incremento de la información compartida por las entidades financieras. Tuve ocasión de analizar con más profundidad las características y funcionamientos de la CIRBE en MAS BADIA, M.ª Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España ...», *op. cit.*, pp. 221-226, lugar al que me remito.

- (18) Se estima que representan, a nivel mundial, entre el 60 y el 75% de todos los sistemas existentes. El dato se toma de PASCUAL HUERTA, Pablo, «Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el derecho comparado», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, PRATS ALVENTOSA, L. y CUENA CASAS, M. (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 313. Las cifras concuerdan, en esencia, con las que ofrecía la Corporación Financiera Internacional (IFC) en 2006: de todos los sistemas de información crediticia de consumidores, el 32% ofrece solo información negativa y el 68%, información tanto negativa como positiva; en cuanto a los sistemas de información crediticia sobre empresarios, el 50% ofrecen tanto información negativa como positiva (*Sistemas de información crediticia ...*, *op. cit.*, p. 12). La IFC da noticia, en su guía, de algunos estudios que han cuantificado el efecto de la información positiva sobre las tasas de incumplimiento de pagos y de aprobación de créditos.
- (19) BOE núm. 298, de 14.12.1999.
- (20) Efectuado por el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, en el Capítulo I («Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito»), del Título IV («Disposiciones aplicables a determinados ficheros de titularidad privada»), que comprende los arts. 37 a 44. En lo no dispuesto por el art. 29 LOPD, complementado con las normas reglamentarias, se aplica el régimen general de la LOPD.
- (21) BOE núm. 262, de 31.10.1992.
- (22) Analicé con detenimiento esta normativa en MAS BADIA, M.ª Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial ...», *op. cit.*, pp. 229 y ss., donde puede encontrarse una explicación extensa sobre la regulación vigente en la actualidad y sus antecedentes, así como sobre el estado de la doctrina y la jurisprudencia.
- (23) BOE núm. 54, de 04.03.1995.
- (24) En este sentido, p.e., ÁLVAREZ HERNANDO, Javier, *Guía práctica sobre Protección de Datos: cuestiones y formularios*, Lex Nova, 2011, p. 299; HUALDE MANSO, M.ª Teresa, «Ficheros de morosos, nulidad del Reglamento de Protección de Datos y derecho al honor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2013, 2013, p. 19; LESMES SERRANO, Carlos (Coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia Jurisprudencial*, Lex Nova, 2007, pp. 507 y ss.; PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011, p. 4; o APARICIO SALOM, Javier, *Estudio sobre la Protección de Datos*, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 324.



sienta, entendiendo la ley que en este caso concurre un interés legítimo que lo justifica<sup>(25)</sup>.

*La doctrina entiende que el art. 29 LOPD regula, en sus números 1 y 2, dos tipos de ficheros de solvencia diferentes: los positivos y los negativos, respectivamente*

La interpretación a la que acabo de hacer referencia se halla arraigada en la doctrina jurisprudencial, en que no he encontrado ni un solo pronunciamiento que se aparte de ella. Resultan paradigmáticas dos SSTs, Sala de los Contencioso-administrativo, de 15 de julio de 2010<sup>(26)</sup> (véanse los FFJJ Decimotercero y Tercero, respectivamente, que son categóricos). En igual sentido discurre la STS, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 2014, que trae a colación a las anteriores; o la STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2014. La Audiencia Nacional, por su parte, ha asumido con insistencia esta tesis. Como ejemplo, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de junio de 2001. En el mismo sentido, se ha pronunciado reiteradamente la AEPD (como muestra, el Informe AEPD 0144/2012<sup>(27)</sup> afirma que no se pueden crear ficheros positivos de solvencia patrimonial con base en el interés legítimo sin contar con el consentimiento del deudor, al amparo del art. 29.2, porque se entienden incluidos en el art. 29.1 LOPD).

### 3. El planteamiento del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. ¿Un paso adelante o una oportunidad perdida?

Es el enfoque que se acaba de exponer el que, sustentado en la inercia de la tradición y de una interpretación

ampliamente mayoritaria, se mantuvo en el Anteproyecto de LOPD publicado a finales de junio de 2017. Unos meses después, el Proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros el día 10 de noviembre introduce modificaciones significativas en el texto del Anteproyecto y obliga a valorar si tales alteraciones constituyen o no un cambio de sistema.

A efectos de claridad expositiva, me referiré, en primer lugar, a la regulación del Anteproyecto, para compararla después con la del Proyecto.

El Anteproyecto no solo mantenía el planteamiento tradicional, sino que lo hacía en términos que cerraban la puerta a una argumentación lógico-sistemática que pese a chocar con la interpretación oficial sí que permite, en teoría, el art. 29 LOPD, todavía vigente<sup>(28)</sup>. El Anteproyecto distinguía sin las ambigüedades gramaticales que caracterizan al art. 29 LOPD<sup>(29)</sup>, entre el tratamiento de los datos positivos y los negativos, exigiendo el consentimiento del interesado en relación con los primeros, pero no en cuanto a los segundos. Así, el número 1 del art. 14 aludía a los datos personales relativos al «incumplimiento» de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia, imponiendo una serie de requisitos para entender lícito el tratamiento. De estos requisitos resultaba que dicho tratamiento no requería el consentimiento del deudor, sin perjuicio de las garantías de las que se le rodeaba. En el número 2, se refería por contraste, a datos atinentes al «cumplimiento»<sup>(30)</sup> por el afectado del mismo tipo de obligaciones, exigiendo que aquel hubiera dado su consentimiento para el citado tratamiento (se añadía que si el sistema incluyese datos relativos tanto al cumplimiento como al incumplimiento solo sería necesario el

(25) Una exposición más extensa sobre esta cuestión puede encontrarse en MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial ...», *op. cit.*, pp. 229-240.

(26) Estas sentencias resolvieron sendos recursos de impugnación del RLOPD (Rec. N.º 23/2008 y Rec. N.º 26/2008).

(27) [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/common/pdf\\_destacados/2012-0144\\_Cl-aa-usula-de-consentimiento-en-ficheros-positivos.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2012-0144_Cl-aa-usula-de-consentimiento-en-ficheros-positivos.pdf)

(28) Defienden una interpretación alternativa a la oficial con base en criterios gramaticales, PASCUAL HUERTA, Pablo, «Los ficheros de solvencia positivos ...», *op. cit.*, pp. 348-350; y CUENA CASAS, Matilde, «Crédito responsable ...», *op. cit.*, y también en «Intercambio de información positiva ...», *op. cit.*, pp. 1-67. Por mi parte, he mantenido la posibilidad de una interpretación distinta a la mayoritaria en MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España...», *op. cit.*, pp. 240-245, aunque insistiendo en la conveniencia de sustentarla no tanto en argumentos de orden gramatical como en un criterio teleológico.

(29) Sobre estas ambigüedades véase MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial ...», *op. cit.*, pp. 236 y ss.

(30) La palabra «cumplimiento» debe interpretarse, en este artículo, como referida a datos positivos relevantes para enjuiciar la solvencia del deudor. La elección del término (que quizá no sea el más adecuado para reflejar los distintos tipos de datos positivos que puede manejar un fichero de estas características) se explica por la herencia de las normas que constituyen su antecedente, con el fin de evitar los problemas interpretativos a que conducía la referencia a datos sobre cumplimiento/incumplimiento en el art. 29.2 LOPD. Como hemos visto, la tesis oficial interpretaba que el art. 29.2 LOPD se refería solo a datos sobre el historial de impagos —aunque se hablara de cumplimiento/incumplimiento—, mientras que una minoría de autores defendían la posibilidad de entender la referencia a «cumplimiento», como alusiva a los datos positivos sobre solvencia. El anteproyecto decide utilizar la expresión cumplimiento para aludir a los datos positivos y la de incumplimiento a los negativos, pero mantiene en sustancia las reglas tradicionales —según interpretación mayoritaria— consistente en exigir el consentimiento del interesado para el tratamiento de los positivos pero no de los negativos.

consentimiento respecto de los primeros). Llama la atención que no se hiciera referencia a la posibilidad de obtener estos datos de registros o fuentes accesibles al público, lo que convendría haber contemplado de modo expreso en el precepto.

De prosperar esta propuesta de regulación, tradicional y continuista y, por tanto cómoda, hubiera constituido una rémora para el desarrollo de sistemas positivos de información crediticia en España que, correctamente regulados y con las garantías adecuadas (tarea que sería ingenuo calificar de sencilla), permitirían paliar los efectos perversos de la asimetría informativa en el mercado de crédito. Se habría frenado el deseable tránsito de los SIC desde la configuración generalizada como ficheros negativos, que es la imperante en la actualidad, a su ordenación como ficheros positivos. Una oportunidad decisiva perdida, como he tenido ocasión de defender en distintos foros.

El Proyecto de Ley introduce cambios significativos en el modelo descrito. Dedicada a la regulación de los Sistemas de Información Crediticia el art. 20, además de la DA 8 (aunque esta última no supone modificación alguna respecto de la norma paralela del Anteproyecto).

A lo que ahora nos interesa, el art. 20 del Proyecto LOPD no contiene referencia expresa alguna a los datos de solvencia positivos (a los que el art. 14.5 del Anteproyecto aludía como «datos referidos al cumplimiento»). Y, respecto de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito, únicos a los que presta atención, no afirma, como hacía el Anteproyecto, que el tratamiento «será lícito» cumplidos ciertos requisitos, sino que «salvo prueba en contrario, se presumirá lícito», cumplidos esos mismos requisitos (en los que cabe observar algunos matices diferenciales con el Anteproyecto que apuntan, en general, a intentos de mejoras técnicas –en algunas ocasiones más acertados que en otras– o a razones de estilo)<sup>(31)</sup>. La cuestión que debemos analizar es el alcance sustantivo de este cambio y hasta qué punto supone o no una mejora de la regulación de los Sistemas de Información Crediticia.

Tal análisis sugiere las siguientes reflexiones:

- 1) La presunción «iuris tantum» del tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito implica que la ley ha contrastado los intereses en juego y ha decidido presumir que es prevalente el de los acreedores o el interés general en una adecuada evaluación de la solvencia en relación con el tratamiento de datos negativos (deudas incumplidas) suponiendo que se den ciertos requisitos relacionados con la calidad de los datos, el tiempo de permanencia en los ficheros, etc. Sin embargo, ha decidido no establecer la misma presunción respecto del tratamiento de los datos positivos de solvencia.

En un trabajo anterior en el que reflexioné sobre el posible fundamento o ratio legis del diferente régimen del tratamiento de los datos negativos y de los positivos sobre solvencia en la todavía vigente LOPD (art. 29) y en su antecesora, la LORTAD (art. 28), avancé una hipótesis que, con matices, parece confirmarse en el planteamiento del Proyecto de LOPD. Decía entonces que podría pensarse que en la interpretación oficial del art. 29 LOPD «subyace una previa ponderación legal de los intereses en juego, de modo que el legislador inscribe los ficheros positivos, (...) en el número 1 del art. 29, restringiendo el tratamiento de datos positivos sobre solvencia a aquellos obtenidos de fuentes de acceso público o suministrados por el deudor o por otra persona con su expreso consentimiento, porque considera que cuando se trata de datos positivos los derechos o intereses del deudor relativos a la protección de sus datos personales prevalecen sobre los intereses del acreedor o, incluso, sobre el interés general (...). No se estaría excluyendo el interés legítimo de terceros (o el general) como causa justificativa del tratamiento sin consentimiento del deudor cuando de la ponderación de intereses resulte que aquel deba prevalecer sobre este (lo que atendería contra el art. 7.f) de la Directiva y su correlato en el RGPD, el art. 6.1.f), sino que el legislador habría llevado a cabo previamente esta ponderación y habría considerado que en el caso de tratamiento de

(31) La técnica de la presunción de licitud se sigue también en los supuestos regulados en el art. 19 Proyecto LOPD (Tratamiento de datos de contacto y de empresarios individuales) y art. 21 Proyecto LOPD (Tratamientos relacionados con la realización de determinadas operaciones mercantiles). En el primero de ellos se especifica que la licitud se basa en entenderse amparado el tratamiento por el art. 6.1.f) Reglamento UE 2016/679, el cual hace referencia al caso en que el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, prevalencia que debe determinarse aplicando el principio de proporcionalidad. Aunque no se haya especificado es esta misma idea la que subyace en la presunción relativa al tratamiento de datos negativos sobre solvencia, contenida en el art. 20.1. Así queda corroborado por la declaración de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley a la que me referiré en texto principal.

datos positivos sobre solvencia no estaba justificado prescindir del consentimiento del deudor, salvo que los datos procediesen de fuentes de acceso público. En cambio, respecto de datos negativos (incumplimientos) habría considerado prevalentes los intereses del acreedor o los generales en un mercado de crédito saneado y eficaz, dicho de otro modo, habría entendido que respecto de ellos estaba justificada la injerencia en el derecho fundamental a la protección de los datos personales del deudor sin su consentimiento, sin perjuicio de las salvaguardas contenidas en los arts. 38 y ss. RLOPD»<sup>(32)</sup>. Digo que esta consideración, que entonces formulaba como una hipótesis, parece confirmarse en el Proyecto LOPD aunque con matices importantes que sugieren un cambio de enfoque.

Estos matices serían los siguientes: el legislador ha procedido, efectivamente, a la ponderación de los intereses en juego (interés del acreedor, interés general e interés del deudor) estudiando cuál es el prevalente. Ha considerado que en el caso del tratamiento de datos sobre deudas incumplidas debe, no tanto considerarse directamente, sino presumirse, salvo prueba en contrario, que lo son el interés del acreedor y el interés general en que puedan tratarse los datos sin necesidad de que el deudor lo consienta siempre que se den unos requisitos que se enuncian en el precepto.

*El legislador del Proyecto LOPD ha procedido, efectivamente, a la ponderación de los intereses en juego (interés del acreedor, interés general e interés del deudor) estudiando cuál es el prevalente*

En cambio, no se ha establecido la misma presunción en relación con los datos positivos sobre solvencia. Pero tampoco se ha declarado, a diferencia de lo que venía siendo tradicional, que sea necesario el consentimiento del deudor para tratar estos datos, salvo que provengan de fuentes de acceso público. Ni presunción, ni exigencia de consentimiento. De esto no cabe deducir que solo puedan tratarse los datos positivos de solvencia que no provengan de fuentes de acceso público previo consentimiento del afectado. Más bien hay que interpretar que en este caso, la ley o bien no ha efectuado la ponderación anterior

o bien, lo que parece más probable, no ha llegado a un resultado concluyente que le permita establecer con carácter general, ni siquiera de modo presuntivo, la prevalencia de un interés sobre otro o no se ha atrevido a dar el paso de equiparar a estos efectos los datos negativos y positivos rompiendo definitivamente con el planteamiento tradicional. Sea como sea, esto deja abierta la puerta al tratamiento de los datos positivos sin consentimiento del afectado a partir de otras vías de legitimación: señaladamente, las contenidas en los apartados b), c) y f) del art. 6.1 RGPD, a las que me referiré en un epígrafe posterior. Tal construcción supone un avance respecto de la regulación anterior tal y como era interpretada por la mayoría de autores, los Tribunales y la AEPD.

La Exposición de Motivos del Proyecto LOPD refuerza las ideas anteriores. En el punto IV señala que dentro de los supuestos de tratamientos lícitos concretos contenidos en el Título IV, entre los que se incluyen los Sistemas de Información Crediticia «cabe apreciar, en primer lugar, aquéllos respecto de los que el legislador establece una presunción iuris tantum de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos, lo que no excluye la licitud de este tipo de tratamientos cuando no se cumplen estrictamente las condiciones previstas en el texto, si bien en este caso el responsable deberá llevar a cabo la ponderación legalmente exigible, al no presumirse la prevalencia de su interés legítimo». En esta última hipótesis se inscribiría el tratamiento de datos positivos sobre solvencia.

Sea como sea no entiendo justificado que se limite la presunción a los datos negativos y no se extienda a los positivos, por las razones que expondré en el epígrafe siguiente. No creo que existan argumentos de fondo suficientes para sustentar esta discriminación. Y por esto el avance al que antes me refería resulta insuficiente en el plano dogmático y quizá también (el tiempo lo dirá, si esta redacción acaba convirtiéndose en disposición legal) a los efectos prácticos de desbloquear la creación de ficheros privados de solvencia de tipo positivo en España. Primero porque la discriminación que persiste entre datos negativos y positivos puede generar inseguridad en los operadores del mercado crediticio; y, segundo, porque no sirve para fomentar, ni mucho menos obligar, a las entidades

(32) MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial ...», *op. cit.*, pp. 244-245.

financieras que ostentan posiciones dominantes a compartir los datos positivos de solvencia sobre sus clientes con los competidores, permitiendo la libre circulación de los datos que redundaría en una sana competencia en beneficio de los buenos deudores y facilitaría la consecución de un mercado único de crédito en la UE que facilitara la prestación de servicios de crédito sin límites de fronteras.

- 2) Mi segunda reflexión tiene que ver con el carácter «*iuris tantum*» de la presunción de licitud de tratamiento de los datos sobre incumplimiento establecida en el art. 20.1 Proyecto LOPD. ¿En qué puede consistir la prueba en contrario que destruya la presunción de licitud del tratamiento? Una posibilidad sería entender que consistirá en demostrar que las deudas no son ciertas, vencidas o exigibles, o que han permanecido más de cinco años en el fichero de morosos, o que no concurre cualquiera de los otros requisitos que enuncia el art. 20.1. Sin embargo esta respuesta no encaja con la construcción de la norma contenida en este precepto, pues según ella estos requisitos deben concurrir para que opere la presunción; por tanto, su falta no supone la destrucción de la presunción sino la inexistencia de esta. Entonces, ¿qué es lo que ha de probar el afectado para que el tratamiento no se considere lícito? En mi opinión, debería probar que, pese a concurrir los anteriores requisitos, dadas las circunstancias concretas de su caso no existe interés del acreedor o general prevalentes sobre sus propios intereses relacionados bien con su

derecho al honor bien con su derecho a la autodeterminación informativa. En teoría podría demostrar, p.e., que los datos tratados no ofrecen una imagen fidedigna de su solvencia entendida como la probabilidad de que satisfaga sus deudas. Como veremos en el epígrafe siguiente, la potencialidad de los datos negativos aisladamente considerados es muy limitada a la hora de ofrecer esa imagen realista sobre la capacidad/voluntad de pago del deudor.

Para ilustrar mejor y reforzar las conclusiones que acabo de formular es conveniente que me refiera a dos cuestiones. En primer lugar, las razones por las que se consideran más adecuados los ficheros positivos. En segundo lugar, los argumentos jurídicos en los que puede sustentarse la configuración de los SIC como sistemas positivos a la luz del Reglamento (UE) 2016/679. A ellas se dedican los siguientes apartados.

### III. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA CONVENIENCIA DE CONFIGURAR LOS SIC COMO SISTEMAS POSITIVOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA

#### 1. Asimetría informativa, selección adversa y riesgo moral

Son muchos los argumentos que sustentan la conveniencia de configurar los SIC como sistemas positivos de información positiva y no solo negativa<sup>(33)</sup>. Entre ellos, cabe destacar que son susceptibles de corregir mejor la asimetría informativa y, por tanto, los peligros de la

(33) Abundan los trabajos de instituciones o grupos de expertos que se pronuncian en esta línea. Sin ánimo exhaustivo, pueden destacarse los siguientes: BANCO MUNDIAL, *General Principles for Credit Reporting*, <http://documents.worldbank.org/curated/en/662161468147557554/pdf/70193-2014-CR-General-Principles-Web-Ready.pdf>; COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde de la UE sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas*, COM (2015) 630 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0630&from=ES>; CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, Washington, 2006, <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/122091468177562819/pdf/388570W-P0SPAN11JAN0110200601PUBLIC1.pdf>; o *Report of de Expert Group on Credit Histories*, DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, 2009, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/credit\\_histories/egch\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/credit_histories/egch_report_en.pdf) Por mi parte, he reflexionado sobre los argumentos que se apuntan en el texto principal y otros adicionales en MAS BADIA, M.ª Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España ...», *op. cit.*, pp. 187-262. De justicia es destacar la labor de abanderada en la defensa de los ficheros positivos de solvencia patrimonial que, en el panorama doctrinal español, realiza la profesora Matilde CUENA CASAS, que insiste en los argumentos vinculados a un análisis económico del Derecho. Entre sus trabajos más recientes puede citarse: «Intercambio de información positiva ...», *op. cit.*, pp. 1-67; así mismo, resultan habituales sus intervenciones sobre la materia en el blog <http://hayderecho.com>. También puede encontrarse nutrida información sobre los argumentos favorables a los ficheros positivos de solvencia en: VV.AA., *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, PRATS ALVENTOSA, L. y CUENA CASAS, M. (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

selección adversa y el riesgo moral en el mercado de crédito. Se trata de dos tópicos muy estudiados en el campo de la Economía<sup>(34)</sup>. Si se parte de que la entidad de crédito carece de información suficiente para distinguir entre prestatarios solventes y no solventes, mientras que los demandantes de crédito conocen su capacidad de cumplimiento y su predisposición al pago (*asimetría informativa*), es fácil que se den situaciones de *selección adversa*. Esta se produce cuando, debido a la asimetría en la información, el mercado escoge los peores clientes (los que tienen más posibilidades de incumplir) en vez de los mejores. Ello eleva el riesgo del crédito y, en consecuencia, las entidades financieras incrementan las exigencias para otorgarlo, ya que las adecuan al riesgo de impago que se ha acrecentado debido a una mala selección. De este modo, el coste de los créditos se eleva para todos los clientes, al repercutir las entidades financieras el incremento de la tasa de riesgo en todos ellos. El resultado es que la existencia de deudores con un riesgo alto de incumplimiento empeora las condiciones en que van a poder acceder al crédito los clientes con riesgo bajo, con efectos negativos en el mercado crediticio, en el que el acceso a la financiación se restringe. Si, en cambio, los acreedores contaran con una mejor información sobre la solvencia del cliente, podrían evaluar con mayor eficiencia y precisión las probabilidades de impago y adecuar mejor al perfil del solicitante las condiciones del crédito ofrecido o, con carácter previo, la decisión de concederlo o no<sup>(35)</sup>. La asimetría informativa se encuentra así mismo vinculada a otro concepto económico: el de *riesgo moral*. Cuando un sujeto (en el caso que nos ocupa, el deman-

dante de crédito/deudor) tiene más información que otro sobre su propia situación o acciones (situación patrimonial activa y pasiva, solvencia, voluntad de pago), en el caso de que sea esa otra persona (el acreedor) la que vaya a soportar las consecuencias negativas de sus actos, de su falta de esfuerzo o diligencia, aquel sujeto tendrá menos incentivos para esforzarse o ser diligente. Aplicando esta idea al mercado de crédito, es fácil entender que un deudor estará más predispuesto a incurrir en una situación de sobreendeudamiento solicitando más crédito del que puede asumir si se dirige a diversas entidades que no conocen su situación global de riesgo porque carecen de suficiente información al respecto<sup>(36)</sup>.

Los ficheros negativos solo ofrecen información sobre el deudor incumplidor y la deuda o deudas concretas que incumplió. Pero ahí acaba todo. No permiten conocer si el nivel de endeudamiento del solicitante de financiación —con independencia de que cuente o no con un historial de impagos— es tan elevado que no aconseja la concesión de nuevos créditos, ni si su conjunto de activos o su situación laboral, p. e., sugiere que será capaz de pagar sus deudas. Tampoco suministran datos sobre un comportamiento crediticio adecuado del deudor en el pasado. Mal puede entonces dibujarse, a partir de ellos, un perfil de solvencia realista sobre el sujeto al que se refieren los datos incorporados al fichero y evitar, en consecuencia, el riesgo de selección adversa asociado a la asimetría informativa —salvo que el acreedor combine la información proporcionada por el fichero común con otra obte-

(34) Los de asimetría informativa, selección adversa y riesgo moral, son conceptos sobre los que han proliferado desde hace décadas los estudios doctrinales. Resulta significativo que en 2001 el Premio Nobel de Economía fuera otorgado a tres pioneros en este campo, los economistas estadounidenses GEORGE AKERLOF, MICHEL SPENCE y JOSEPH STIGLITZ, por sus trabajos desarrollados durante los años 70 sobre los mercados con asimetría de información. La Academia destacó que la labor de los premiados constituye el núcleo duro de la teoría moderna de la economía y la información asimétrica o incompleta, hasta el punto de que los actuales modelos de análisis económico son impensables sin el componente de la información asimétrica. Entre los trabajos más citados, se encuentran los de AKERLOF, George A., «The market for Lemons», *Quarterly Journal of Economics*, 84 (3), 1970, pp. 488-500; ROTHCHILD, Michael y STIGLITZ, Joseph, «Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information», *Quarterly Journal of Economics* 90 (November 1976); STIGLITZ, Joseph y WEISS, Andrew, «Credit rationing in markets with imperfect information», *American Economic Review* 71 (June 1981); y, más recientemente, MILLER, Margaret J. (ed.), *Credit Reporting systems and the international economy*, MIT, Cambridge, 2003, con referencias a una nutrida bibliografía. Sobre el concepto de riesgo moral puede verse, por todos, DEMBE, Allart y BODEN, Leslie I., «Moral Hazard: A question of Morality?», *NEW SOLUTIONS. A Journal of Environmental and Occupational Health Policy* 10(3), febrero 2000, pp. 257-279. Como señala el Banco Mundial en el documento *General Principles for Credit Reporting*, *op. cit.*, pp. 7 y 8, los Sistemas de Información Crediticia reducen la asimetría informativa elaborando un historial crediticio del deudor al que pueden acceder los potenciales acreedores y, en consecuencia, tienen un efectivo papel en la reducción de los efectos perniciosos de la selección adversa y el riesgo moral. Gracias a la información proporcionada por estos sistemas y algunas herramientas derivadas de los mismos (p.e., «credit scores»), los acreedores pueden predecir las probabilidades de cobro con base en el comportamiento pasado del deudor y su nivel de endeudamiento, entre otros factores.

(35) Sobre estas cuestiones reflexiona PASCUAL HUERTA, *op. cit.*, p. 322.

(36) Llama la atención acerca de este peligro, CUENA CASAS, Matilde, «Vivienda, mercado crediticio y ficheros de solvencia positivos», *¿Hay derecho? El blog sobre la actualidad jurídica y política*, 21 de julio de 2015, <http://hayderecho.com/2015/07/21/vivienda-mercado-crediticio-y-ficheros-de-solvencia-positivos/>. La autora concluye que el déficit de información crediticia «provoca que el acreedor dé más valor a los bienes de los que es titular el deudor que a su comportamiento crediticio. De esta forma, sólo el que es propietario de un bien (en España, la vivienda) o cuenta con garantías personales puede acceder al mercado crediticio». Vuelve sobre estos problemas en «Intercambio de información positiva ...», *op. cit.*, pp. 4 y ss.

nida por vías diferentes, singularmente, a través de la relación contractual o precontractual con su cliente o potencial cliente—<sup>(37)</sup>.

La calidad de la información ofrecida es la base de la eficacia de un sistema de información crediticia, calidad que exige que la información sea completa, veraz, actualizada, suficiente y adecuada a los fines que se persiguen. En este sentido, se ha destacado que una de las características decisivas para garantizar la suficiencia y adecuación de la información para evaluar la solvencia del prestatario y, por tanto, corregir certeramente los efectos perversos de la asimetría informativa, es, precisamente, que se nutra de datos tanto positivos como negativos<sup>(38)</sup>. Por otra parte, si tenemos en cuenta que la finalidad principal, legalmente tipificada, de los SIC es permitir al acreedor evaluar la solvencia del deudor, en la medida en que la información facilitada por el fichero no sea susceptible de ello, cabrá defender que no está justificado el sacrificio de los derechos fundamentales del deudor<sup>(39)</sup>. Esto afecta, sobre todo, a los denominados ficheros negativos, incapaces de proporcionar información sobre la situación financiera global del cliente.

En la medida en que permiten discriminar mejor entre buenos y malos deudores, los ficheros positivos, favorecen una mejor evaluación de los riesgos del crédito y facilitan el mejor ajuste de las condiciones en que se oferta este al «perfil de solvencia» del solicitante. Las ventajas son tanto para el acreedor, que puede controlar mejor el riesgo de crédito, como para el «buen deudor», que puede negociar precios y condiciones más favorables y acceder de forma más ágil a la financiación, gracias a la garantía que constituye su reputación basada en el historial crediticio («garantía de reputación» o «reputation collateral»), aunque no dispongan de garantías materiales<sup>(40)</sup>. Algunos autores establecen un acertado paralelismo entre el potencial de los ficheros de solvencia positivos y el funcionamiento del mercado de seguros, en que la prima se establece en atención a la virtual siniestralidad del asegurado<sup>(41)</sup>.

Además, de lo dicho, los SIC que manejan datos tanto negativos como positivos, sirven, de modo indirecto, al interés general en la consecución de un sector crediticio saneado, caracterizado por la estabilidad y seguridad de las transacciones<sup>(42)</sup>. La estabilidad de los mercados reper-

(37) MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Los ficheros de solvencia patrimonial ...», pp. 194 y ss.

(38) BANCO MUNDIAL, *General Principles for Credit Reporting*, op. cit., p. 16 y pp. 25 y ss.. Son tres los parámetros que se consideran críticos a estos efectos. Además de la necesidad de manejar tanto datos positivos como negativos, se destaca la de obtener datos del mayor número de proveedores o fuentes posibles, dentro de los límites establecidos por la ley, y la de contar con información referida a un periodo de tiempo significativo. En el mismo documento se subraya que en aquellos países en que se prohíben los ficheros positivos de solvencia o en que no se les dota de un marco legal adecuado, las posibilidades para un deudor de acceder a una nueva financiación tras una situación adversa que le hubiera llevado en el pasado a un incumplimiento pueden verse seriamente dañadas. En cambio, un registro positivo de solvencia que ofrezca datos sobre la recuperación económica del deudor y un buen comportamiento crediticio posterior al incumplimiento pasado, permitiría rehabilitar la imagen del interesado e ir reajustando progresivamente su evaluación crediticia.

(39) En el caso resuelto por la STS, Sala de lo Civil, de 6 marzo de 2013, en que el impago litigioso se refería a un seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario y no al préstamo mismo, el Fiscal interesó la estimación del recurso entendiendo que aquella circunstancia y el escaso importe del descubierto suponían que tal deuda no dejaba «constancia de que la verdadera situación de la afectada sea la de una persona que no cumple con sus obligaciones pecuniarias, que sea insolvente, en cuanto que la anterior acreedora, Caja Duero, no le reclama por el crédito hipotecario, sino por el impago de la prima del seguro discutido, cantidad que es insignificante». En el FD Cuarto se afirma, aunque *ad obiter dicta*, que «no puede cederse un dato a un fichero de morosidad si no responde a la finalidad prevista en el art. 29 LOPD, es decir, valorar la solvencia económica del titular del dato». Puede verse el comentario de la sentencia que realiza LINARES GUTIÉRREZ, Antonio, «El chantaje de los ficheros de morosos: el principio de finalidad como requisito para la inclusión de datos en los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito. Tratamiento jurisprudencial», *Dereito*, vol. 23, n.º 1, enero-junio 2014, pp. 113-126.

(40) El buen nombre del prestatario («reputation collateral») —señala MILLER— supone un incentivo para concertar préstamos equiparable a las garantías materiales sobre todo en determinados segmentos del mercado crediticio como el del préstamo al consumo, especialmente para consumidores con bajos ingresos o pequeñas empresas (MILLER, Margaret J. (ed.), *Credit Reporting systems and the international economy*, MIT, Cambridge, 2003, p. 2). En el mismo sentido, CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, op. cit., p. 6.

(41) Así, CUENA CASAS, que se manifiesta claramente a favor de un sistema de ficheros de solvencia positivos. La misma autora sugiere que con la promulgación de la Ley 5/2015 de 27 de febrero de Fomento de Financiación empresarial (LFFE) parece manifestarse cierta toma de conciencia del legislador sobre la importancia del historial crediticio positivo (cfr. art. 1). Sin embargo, de la misma norma extrae una conclusión negativa: «parece deducirse *sensu contrario*, que si la ley no lo autoriza, la entidad no tiene obligación de proporcionar al cliente su historial crediticio». Entiende que la obligación de proporcionar al ciudadano estos datos debería ser regulada pese a sus costes (CUENA CASAS, Matilde, «Vivienda, mercado crediticio ...», op. cit., <http://hayderecho.com/2015/07/21/vivienda-mercado-crediticio-y-ficheros-de-solvencia-positivos/>).

(42) Así lo ha corroborado la AEPD en Resolución de 22 de enero de 2001 (AEPD, *Memoria 2001*, [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion\\_institucional/common/memorias/2001/MEMORIA\\_2001.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2001/MEMORIA_2001.pdf)).

cute, en última instancia, en una mayor protección de los clientes, entre ellos, los consumidores o usuarios en sentido técnico. Más allá de esto, los ficheros de solvencia patrimonial proporcionan información que facilita la labor de control de los reguladores y supervisores del mercado financiero y cuyo tratamiento estadístico puede resultar inestimable a la hora de diseñar políticas o sugerir modificaciones legislativas<sup>(43)</sup>.

## 2. SIC y préstamo responsable

Los ficheros positivos de solvencia patrimonial y crédito se presentan como una valiosa herramienta al servicio del «préstamo responsable», cuyo núcleo se encuentra constituido en una parte importante por la obligación de evaluar la solvencia del deudor<sup>(44)</sup>. Tal evaluación, como se ha constatado, solo puede realizarse de forma eficaz a partir de una información veraz, actualizada y lo más completa posible acerca de aquellos datos o factores que influyen o determinan la capacidad de pago del prestatario.

Aunque la expresión «préstamo responsable» fue utilizada por primera vez en el ordenamiento jurídico español por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES)<sup>(45)</sup> —promulgada, como se deduce de su fecha, en plena crisis económica y financiera

— la noción que subyace en estos términos no es nueva. Lo que no significa que no haya sufrido una significativa evolución en los últimos años, a la que sin duda no es ajena la grave crisis económica y financiera desarrollada a nivel mundial en los últimos tiempos como consecuencia, en gran parte, de la concesión irresponsable de crédito. Este desarrollo ha hecho que el concepto salte desde el estricto ámbito del interés de las entidades financieras en la buena marcha de su negocio, previniendo incumplimientos, hasta la consideración, también, de los intereses del cliente, acentuando la necesidad de un comportamiento diligente por parte de las entidades de crédito.

En concreto, la normativa sobre supervisión bancaria viene regulando, desde hace años, el deber de evaluar la solvencia del cliente potencial como criterio básico para decidir la concesión o no del crédito solicitado, sin perjuicio de que puedan o deban tomarse en consideración otras circunstancias, como las necesidades, preferencias u objetivos del prestatario. Precisamente la consideración de estos últimos factores es uno de los aspectos en que se manifiesta el proceso de transformación de la noción de préstamo responsable, «junto a la propia denominación de préstamo o crédito responsable y a la traslación del concepto desde el Derecho de supervisión bancaria sobre control de riesgos; primero, a la normativa

(43) En este sentido: BANCO MUNDIAL, *General Principles for Credit Reporting*, *op. cit.*, p. 8.

(44) GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, PRATS ALVENTOSA, L. y CUENA CASAS, M. (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 207. Como señala esta autora, la noción de préstamo o crédito responsable «remite a un conjunto de normas de conducta y criterios de actuación de obligado cumplimiento en la fase pre-contractual, previa, pues, a la suscripción de contratos de préstamo y crédito, o a su regeneración. A un nivel introductorio puede afirmarse que el préstamo responsable es aquel que se otorga solo tras valorar de forma imparcial y objetiva las necesidades y la situación financiera del prestatario y que, por tanto, se adecua de forma específica a dichas necesidades y situación» (*op. cit.*, p. 208). Cita la Circular 5/2012, que se refiere al préstamo o crédito concedido atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de los clientes. CARRASCO PERERA, subraya que los tres pilares clásicos de la protección del deudor en el mercado del crédito son la información precontractual, la exigencia de responsabilidad por la concesión de préstamo responsable por parte de la entidad financiera y el derecho de desistimiento del consumidor sin costes. Y acaba señalando que «es más fácil crear, por vía de amenaza, un fuerte incentivo en las entidades financieras para que controlen el volumen del sobreconsumo, que imponer soluciones concursales específicas. De hecho, la responsabilidad del financiador por la provisión de crédito inasumible por el consumidor es una vía mucho más barata y más efectiva que pervertir el sistema concursal para permitir que el banco sea declarado cómplice del concurso en la pieza de calificación» (CARRASCO PERERA, Ángel, «Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores», *El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercado hipotecario y concurso: actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, A Coruña, 12-13 de noviembre de 2009, BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), 2010, p. 280).

(45) Véase el art. 29 LES, intitulado «Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros». Los dos primeros apartados del art. 29.1, donde se recoge el deber de evaluar con la debida diligencia la solvencia del solicitante de crédito, resultan aplicables a cualquier prestatario potencial, no solo a los consumidores; abarca, por tanto a los empresarios que soliciten crédito. En los siguientes se desarrolla una serie de exigencias que tienen como fin dotar de una protección reforzada a los consumidores de crédito.

bancaria sobre transparencia y tutela del cliente; y, luego, a las normas sobre protección de consumidores»<sup>(46)</sup>.

Excede del objeto de este trabajo entrar en el análisis de la posible responsabilidad que se derivaría para la entidad de crédito de no proceder con la debida diligencia a la requerida evaluación de la solvencia, por una parte, y de las necesidades del consumidor de crédito por otra<sup>(47)</sup>. Tema, sin duda, fundamental que merece una atención detenida por parte de la doctrina. En cualquier caso hay que insistir en que no debe reducirse la evaluación a un mero formalismo. A lo que ahora nos interesa habría que analizar hasta qué punto debe juzgarse negligente no consultar los ficheros de solvencia patrimonial (al menos el público —la CIRBE—, que tiene carácter positivo) y justificar el alejamiento de la evaluación basada en los mismos según patrones comúnmente aceptados en los usos del negocio o a la vista de las líneas definidas de la política de la entidad en esta materia. Y eso al margen de otras posibles consecuencias como, por ejemplo, las derivadas de una eventual competencia desleal si se

trata de prácticas frecuentes. Sin embargo, en sentido contrario, debe también considerarse hasta qué punto es legítimo denegar la concesión de crédito con base, exclusivamente, en la información proporcionada por el fichero de solvencia<sup>(48)</sup>. Sea como sea, no puede dejarse a un lado la propia necesidad de comportamiento diligente del prestatario no solicitando créditos que sabe que no podrá asumir, en relación con la libertad contractual que el propio art. 29 LES reconoce (endeudamiento responsable). Además, él mismo puede ser culpable de no haber facilitado la información necesaria al prestamista<sup>(49)</sup>.

*Debe también considerarse hasta qué punto es legítimo denegar la concesión de crédito con base, exclusivamente, en la información proporcionada por el fichero de solvencia*

(46) GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 208. En las páginas siguientes, la autora ofrece un resumen de los principales hitos normativos que han marcado la evolución de la categoría del préstamo responsable, a partir de su antecedente en los préstamos predatorios («predatory lending») y, dentro de ellos, los préstamos responsables o irrazonables («unconscionable loans») como supuestos diferentes al del préstamo abusivo. Abunda sobre estos conceptos, DÍAZ RUIZ, Emilio, «Crédito bancario responsable», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357>, al que sigue la anterior. También puede encontrarse un resumen de las principales normas que, a partir de la LES, atienden al fomento del préstamo responsable en España en: BALBUENA RIVERA, Manuel, «Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, PRATS ALVENTOSA, L. y CUENA CASAS, M. (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, *op. cit.*, p. 134.

DÍAZ RUIZ, Emilio, «Crédito bancario ...», *op. cit.*, pp. 225-226, interpreta que cuando no exista una norma de referencia especial que exija que las ofertas de crédito que se realicen a los consumidores se ajusten a su situación financiera o a sus intereses o necesidades y defina los parámetros de esta exigencia, la entidad de crédito, a la hora de estudiar si concede o no un crédito solicitado por el cliente, deberá «efectuar un estudio (que tampoco parece que deba ser exageradamente profundo, pero que no puede limitarse a cumplir una formalidad) acerca de si los contratos planteados se ajustan realmente a los intereses y necesidades del cliente en concreto, y a su situación financiera (con respecto a este último punto, la LES parece sugerir que, no sólo acerca de si tendrá la solvencia suficiente para cumplir, sino que parece ir un punto más allá, es decir, si realmente le va a suponer una situación agobiante el poder cumplir, aunque pueda hacerlo)».

(47) Sobre esta cuestión reflexiona ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, 2017, pp. 26 y ss.. En el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo a la Propuesta de Directiva sobre contratos de crédito para inmuebles de uso residencial (que acabaría siendo la Directiva 2014/17/UE), se decía: «el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser asumidos por el prestamista» (<http://www.gerontomigracion.uma.es/index.php?q=node/337>).

(48) La responsabilidad no debe medirse solo en relación con la concesión, sino también con la denegación de la financiación. Para valorar si el prestamista ha actuado de forma responsable a la hora tanto de conceder como de denegar el crédito habrá que atender a la información manejada por aquel. Resulta especialmente importante, por una parte, la información contrastada que pueda proporcionar el deudor ofreciendo datos positivos sobre su capacidad de pago y, por otra, la información no solo negativa sino también positiva que pueden ofrecer los SIC que se configuren con tal carácter. En este sentido, se detecta ya un movimiento de empresas fintech orientadas a este ramo de actividad, que pueden verse frenadas por las limitaciones de la regulación sobre protección de datos a la hora de tratar datos positivos sobre solvencia.

(49) Atiéndase, en este sentido, a lo dispuesto en el art. 20 de la Directiva 2014/17/UE en relación con el deber que tiene el deudor de suministrar al prestamista información para que pueda evaluar su solvencia.



Son muchas las normas que manifiestan la conexión del deber de evaluación de la solvencia con el impulso de la noción de préstamo responsable a nivel europeo y nacional. Como ejemplos significativos, entre las últimas, puede citarse la Directiva 2014/17/UE, que dedica el Capítulo 6, integrado por los arts. 18 a 20, a la evaluación de la solvencia<sup>(50)</sup>. Aunque se encuentra pendiente de trasposición a nivel estatal, ha sido ya presentado y calificado en el Congreso el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; además la Directiva ha tenido eco en algunas leyes autonómicas, antes citadas<sup>(51)</sup>. También deja patente la importancia de combinar datos negativos y positivos a los efectos de realizar un análisis de riesgos adecuado la Ley 5/2015, de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial<sup>(52)</sup> y la Circular 6/2016, de 30 de junio de 2016 del Banco de España («Circular Pyme») en relación con la obligación de las

entidades de crédito de poner a disposición de las pymes un informe de su calificación crediticia<sup>(53)</sup>.

### 3. SIC y prácticas restrictivas de la competencia

En otro orden de cosas, ha quedado superada ya la vieja polémica sobre si los ficheros de solvencia patrimonial constituyen o no, en sí, una práctica restrictiva de la competencia. Fue la STJCE 23 noviembre 2006 (Asunto C 238/05, *ASNEF-EQUIFAX-Administración General del Estado vs. Asociación de usuarios de Servicios Bancarios — Ausbanc—*), dictada a partir de una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Supremo, la que zanjó la cuestión<sup>(54)</sup>. Recogen la doctrina en ella establecida, dos sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7087 y RJ 2007/6306, respectivamente).

(50) Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014. Con referencia, en general, a la obligación de evaluar la solvencia que pesa sobre el concedente de crédito, el art. 18 de la Directiva 2014/17/UE establece que «(l)os Estados miembros velarán por que, antes de celebrar un contrato de crédito, el prestamista evalúe en profundidad la solvencia del consumidor. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito». El art. 18.5.a) añade que los EEMM velarán por que el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato. De esta forma, limita la libertad contractual del prestamista en aras de favorecer un préstamo responsable. En cualquier caso, la regla anterior no significa que se deba otorgar el crédito cuando la evaluación resulte favorable. Por su parte, el art. 20.1 de la citada Directiva, bajo la rúbrica «Revelación y verificación de la información relativa al consumidor», dispone, entre otras cosas, que «(l)a evaluación de la solvencia a que se refiere el art. 18 se llevará a cabo basándose en la necesaria información, que deberá ser suficiente y proporcionada, relativa a los ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor. El prestamista obtendrá esta información a partir de las fuentes internas o externas pertinentes, incluido el consumidor (...)», lo que sugiere que el marco normativo impulsa la calidad de la información, en el sentido expuesto, sobre la que debe basarse una correcta evaluación de la solvencia del deudor.

(51) Citadas en la nota 9.

(52) BOE núm. 101, de 28.04.2015.

(53) Sobre estas normas, puede atenderse al análisis efectuado por PASTOR SAMPERE, Carmen, «La estandarización de la información financiera de pymes y autónomos como clave de acceso a la financiación», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 2017, pp. 1-20.

(54) El 21 de mayo de 1998, Asnef-Equifax, de la que forma parte como socio la Asociación Nacional de Entidades Financieras, presentó una solicitud de autorización de un sistema de intercambio de información entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes, cuya gestión debía garantizar la propia Asnef-Equifax. El registro tenía por objeto la prestación de servicios de información sobre solvencia y crédito mediante el tratamiento automatizado de datos relativos a los riesgos contraídos por las entidades participantes en el desarrollo de las actividades de préstamo y crédito. Contrariamente al informe negativo del Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, aplicando los criterios de exención previstos en el art. 3 de la LDC, autorizó el Registro con sujeción a determinados requisitos. Ausbanc interpuso recurso contencioso-administrativo, instando la anulación de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, ante la Audiencia Nacional, la cual estimó dicho recurso. La Audiencia Nacional consideró que el registro controvertido, en cuanto restringía la libre competencia, incurría en la prohibición del art. 1 LDC y no podía autorizarse en virtud de lo dispuesto en el art. 3 LDC al no concurrir los presupuestos exigidos para su aplicación. A la hora de resolver el recurso de casación planteado por Asnef-Equifax y la Administración del Estado, el Tribunal Supremo consideró que existía una duda razonable sobre si, en

Sea como sea, de esta jurisprudencia no se desprende que no puedan existir prácticas restrictivas de la competencia vinculadas a la existencia de registros de solvencia patrimonial y crédito. El problema nace de la reticencia de las entidades financieras que ostentan una posición dominante a compartir información sobre sus clientes con los competidores. El Banco Mundial ha mostrado su preocupación ante ciertos escenarios posibles: el supuesto en que el fichero es controlado por un grupo de grandes prestamistas, típicamente Bancos, que limitan o excluyen el acceso a la información de los pequeños prestamistas; o cuando ante la posibilidad de acceso a la información de un fichero común de todo tipo de prestamistas fomentada por el titular del fichero en orden a maximizar los beneficios que obtiene, los grandes prestamistas no comparten la información que tienen ante el peligro de perder a sus propios clientes si los competidores, mejor informados gracias a los datos que aquellos han proporcionado, los atraen con sus productos<sup>(55)</sup>. Este tipo de problemas deben ser evitados mediante una adecuada regulación de los SIC.

Tras las reflexiones realizadas en los apartados anteriores puede concluirse que un servicio de información sobre solvencia patrimonial y crédito, siempre que se encuentre regulado de forma eficaz y atienda de modo equilibrado a los diversos intereses en juego, contribuirá a una mejor evaluación del riesgo de crédito de los solicitantes del mismo, mejorará, por tanto, la calidad del crédito concedido tras esta evaluación y reforzará, en fin, la estabilidad financiera del sistema crediticio<sup>(56)</sup>.

#### IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS EN QUE SE PUEDE SUSTENTAR LA CONFIGURACIÓN DE LOS SIC COMO SISTEMAS POSITIVOS A LA LUZ DEL RGPD: EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO EN LA ENCRUCIJADA

Una vez justificada la conveniencia de promover la configuración de los SIC como sistemas de tipo positivo y no meramente negativo, el desafío consiste en articular un marco legal y regulatorio que, por una parte, imponga unos parámetros adecuados de calidad, de modo que los SIC sean eficientes y seguros tanto para los prestamistas como para los prestatarios y que, por otra, contribuya a vencer la reticencia de los operadores del mercado de crédito que ostenten posiciones dominantes a compartir información sobre sus clientes, lo que frena la competencia. La pregunta es si estos parámetros de calidad exigen la configuración del consentimiento como única vía de legitimación del tratamiento de los datos positivos relativos a la solvencia. No lo creo.

En mi opinión, uno de los factores en que se sustenta la inercia de perpetuar la exigencia del consentimiento para tratar datos positivos sobre solvencia, considerando que de esta forma se salvaguardan mejor los intereses del titular de los datos, es el punto de partida constituido por la consideración del consentimiento del interesado como piedra angular del sistema.

el escenario de un mercado atomizado, los acuerdos celebrados con vistas a la constitución de registros de información sobre el crédito resultan potencialmente restrictivos para la competencia, en la medida en que puedan promover o facilitar la colusión, y, en su caso, sobre si pueden, no obstante, ser autorizados, por concurrir los presupuestos de exención establecidos en el art. 81.3 TCE (este artículo se corresponde con el actual art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y concuerda con el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio aplicable al caso por la fecha y que, a su vez coincide con el actual art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Para resolver la duda elevó una cuestión prejudicial ante el TJCE. En contra de la tesis de la Audiencia Nacional, el Tribunal de Justicia declaró que un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el que era objeto del asunto principal, no tiene por efecto, en principio, restringir la competencia en el sentido de dicha disposición, siempre que se den las siguientes circunstancias: que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que dicho sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras no sean discriminatorias de hecho ni de Derecho. Aun en defecto de tales circunstancias, caso en el cual se entendería restringida la competencia, el sistema de intercambio de información sobre el crédito, sería admisible si se cumplieran cuatro requisitos acumulativos, cuya presencia debería enjuiciar el juez nacional: en primer lugar, que la práctica colusoria contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o servicios, o a fomentar el progreso técnico o económico; en segundo lugar, que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, para lo cual no es necesario, en principio, que cada uno de los consumidores se beneficie individualmente del acuerdo, decisión o práctica concertado, bastando, que la incidencia global sobre los consumidores en los mercados pertinentes sea favorable; en tercer lugar, que no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables; y, en cuarto lugar, que no ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate.

(55) BANCO MUNDIAL, *General Principles for Credit Reporting*, op. cit., pp. 18-19.

(56) Se trata de una idea generalizada en los Estados que cuentan con este tipo de instrumentos. En relación con la «Centrale Rischi della Banca d'Italia», puede verse BELLANTO, Marco, «Responsabilità della Banca per illegittima segnalazione al CAI e alla Centrale Rischi della Banca d'Italia e per illegittima iscrizione ipotecaria», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, fasc. 1, pt. 1, pp. 8 y ss.

Se ha convertido en un lugar común afirmar que el requisito del consentimiento como factor legitimador del lícito tratamiento de los datos constituye la piedra angular sobre la que pivota toda la regulación del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal. Sin embargo, considero que se trata de una afirmación que debe ser sometida a revisión o, si se prefiere, entendida en sus justos términos, como ya he tenido ocasión de defender en otro lugar<sup>(57)</sup>, aunque soy consciente de que con esta tesis rompo muchos esquemas. No hay que caer en la tentación de dejarse llevar por la inercia de una idea (el imperio del principio del consentimiento) que hay que reconocer tiene una enorme «vis atractiva». En realidad, es la interpretación y aplicación práctica de las excepciones a este requisito o, mejor, de otras posibles vías de legitimación del tratamiento, la que mostrará el verdadero alcance del principio o exigencia de consentimiento. El análisis de estas excepciones o vías de legitimación permite concluir, a la vista de su amplitud e importancia, que aquella consideración del consentimiento como eje rector es, al menos, discutible o que ha de entenderse con muchos matices<sup>(58)</sup>.

El tenor literal del art. 6 del nuevo Reglamento europeo parece apoyar esta conclusión. A diferencia del art. 6 LOPD, todavía vigente, que formula en su número 1 la regla de la exigencia de consentimiento y solo en el 2 efectúa una serie de matizaciones regulando lo que formalmente se presentan como excepciones a una regla general, el art. 6.1 RGPD, en cambio, sitúa en el mismo plano el consentimiento [al que se refiere en el apartado a)] y el resto de causas que sustentan la licitud del tratamiento [que va desgranando en los apartados b) a f)].

Hay que tener en cuenta que en los casos en que se prescinde del consentimiento, o en que prevalecen sobre

él otras consideraciones, esto no quiere decir que no haya que respetar las otras prevenciones y límites derivados de la legislación sobre protección de datos (calidad de los datos, principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, responsabilidad proactiva y, en fin, el conjunto de derechos que reconoce el RGPD al interesado, la implementación de las debidas medidas de seguridad, etc.). Será necesario, en concreto, que concurra alguna de las otras vías de habilitación para tratar datos de carácter personal, diferentes al consentimiento, que contempla el RGPD. Entre ellas destacan, a los efectos que ahora nos interesan, las recogidas en los apartados b), c) y f) del art. 6.1 RGPD: el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales —art. 6.1.b) RGPD—; el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento —art. 6.1.c) RGPD— y, en este sentido, obligación legal es la de evaluar la solvencia del solicitante de crédito en un contexto de fomento del préstamo responsable<sup>(59)</sup>; o el supuesto en que el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, prevalencia que debe determinarse aplicando el principio de proporcionalidad —art. 6.1.f) RGPD—. En relación con los intereses tanto del concedente de crédito en controlar el riesgo de crédito, como el interés general en el buen funcionamiento y estabilidad del mercado crediticio, la libre circulación de los datos sobre solvencia y la sana competencia, así como los

(57) MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «El contrato de seguro y la protección de datos de carácter personal: análisis prospectivo ante la próxima aplicación del Reglamento (UE) 2016/679», en BATALLER GRAU, J.-PEÑAS MOYANO, M.<sup>a</sup> J. (dirs.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 227-238. Sigo en este punto las ideas expuestas entonces.

(58) Sobre el debate doctrinal generado, a nivel internacional, en torno al consentimiento como núcleo o base de la protección de datos de carácter personal, puede atenderse a: ZANFIR, Gabriela, «Forgetting about consent. Why the focus should be on "suitable safeguards" in data protection law», en *Reloading data protección. Multidisciplinari insights and Contemporary challenges*, GUTWIRTH, Serge, LEENES, Ronald, DE HERT, Paul (eds.), Springer, 2014, pp. 237-269; FERRETTI, Federico, «A European perspective on data processing consent through the reconceptualization of European data protection's looking glass after the Lisbon treaty: Taking rights seriously», *European Review of Private Law*, 2, 2012, pp. 473-506; BRONSWORTH, Roger, «Consent in data protection law: Privacy, fair processing and confidentiality», en *Reinventing data protection?*, ed. GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C. y NOUWT, S., Springer, Heidelberg, 2009, pp. 83-110; BYGRAVE, LEE A. y SCHARTUM, DAG WIESE, «Consent, proportionality and collective power», en *Reinventing data protection?*, ed. GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C. y NOUWT, S., Springer, Heidelberg, 2009, pp. 157-173; LE MÉTAYER, Daniel y MONTELEONE, Shara, «Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture», *Computer Law & Security*, 25 (2), 2009, pp. 136-144; BRONSWORTH, Roger, «The cult of consent: Fixation and fallacy», *Kings Law Journal*, 15, 2004, pp. 223-252.

(59) En la Exposición de Motivos del Proyecto LOPD, punto IV, se cita como ejemplo de habilitación legal para el tratamiento fundada en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, el de las bases de datos reguladas por ley y gestionadas por autoridades públicas que responden a objetivos específicos de control de riesgos y solvencia, supervisión e inspección del tipo de la Central de Información de Riesgos del Banco de España.

intereses del propio deudor en evitar sobreendeudamientos o acceder a financiación en condiciones ventajosas con base en su garantía reputacional, véase lo dicho *supra*.

*No parece que quede justificada la exigencia de consentimiento para tratar datos positivos y no para hacer lo propio con los datos negativos*

Por otra parte, después de las reflexiones expuestas en las páginas anteriores, no parece que quede justificada la exigencia de consentimiento para tratar datos positivos y no para hacer lo propio con los datos negativos. El riesgo de lesión de los derechos fundamentales del deudor existe tanto en relación con los ficheros positivos como negativos. En el primer caso puede verse incrementado por el amplio abanico de datos personales que son tratados (hay que reconocer que a menudo se recogen más datos de los necesarios para evaluar la solvencia, o algunos que son de dudosa pertinencia para dicho fin). En el segundo —ficheros de morosos—, el riesgo se acentúa por la incidencia negativa que necesariamente tienen en la reputación del sujeto, dificultando o imposibilitando su acceso al crédito futuro<sup>(60)</sup>. Esta circunstancia adquiere tintes especiales cuando el interesado cuyos datos han

accedido ilegítimamente al fichero o que reflejan una información errónea, o que, aunque sea cierta, es incompleta o insuficiente, es un empresario. La inclusión en el fichero puede dañar su reputación, su imagen comercial, haciéndole perder la confianza de la que era merecedor en el mercado crediticio, deteriorando su imagen ante sus competidores y financiadores e incluso ante sus clientes actuales o potenciales. Puede ver cerradas en el futuro sus fuentes de financiación y llegar, en los supuestos más graves, a una situación de concurso<sup>(61)</sup>. Se ha afirmado que la inclusión ilegítima de datos personales en los ficheros de morosos o insolventes podría atentar incluso contra el derecho constitucional a la libre iniciativa económica privada, que se alimenta gracias al crédito bancario, e incidir además en el régimen de la libre competencia, en cuanto el bloqueo del acceso al crédito futuro y la revocación del actualmente concedido sería susceptible de expulsar a la empresa del mercado, con la consecuencia de la indudable ventaja para otras empresas que operen en el mismo sector<sup>(62)</sup>. Esto sin contar con que el bloqueo de la financiación, sobre todo en la esfera del crédito al consumo, es muchas veces resultado de la mera constancia en un registro de impagados, pese a que esta forma de proceder parece contradecir algunas normas jurídicas básicas dirigidas a impedir que los ciudadanos se vean sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre

(60) Basta pensar que las entidades financieras o, en general, los oferentes de crédito que consulten los registros de morosos bloquearán la concesión de financiación a los afectados, con independencia del motivo que les llevó a incumplir su obligación y la mayor o menor diligencia con la que se comportaron. Como escribe CELENTANI, «(u)n registro de deudores puede incluir información sobre el alcance del incumplimiento por parte de los deudores, pero ni hay ni podrá haber nunca información sobre las razones que han llevado a un deudor a no hacer frente a los pagos previstos en los contratos de deuda. No es lo mismo que el incumplimiento se deba a una reducción de la capacidad de ingresos determinada por circunstancias personales del deudor sobre las que el deudor tiene un control limitado (como por ejemplo su salud o la salud de los miembros de su familia) o que se deba a que el deudor haya utilizado el dinero para apostar dinero en el casino. Poner a todos los deudores en el mismo saco significa ignorar que en realidad pueden ser muy distintos y por lo tanto una asimetría informativa sigue existiendo» (CELENTANI, Marco, «El intercambio de información y el funcionamiento del mercado de crédito», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, PRATS ALVENTOSA, L. y CUENA CASAS, M. (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 93). La consecuencia puede ser la muerte económica del sujeto y la imposibilidad de remontar una situación ya de por sí grave. De ahí que haya que extremar las precauciones para prevenir y no solo reprimir la indebida inclusión de datos en este tipo de registros.

(61) La empresa podría, en efecto, al cerrársele el grifo de la financiación, ver paralizada su actividad comercial y quedar abocada, finalmente, al cierre. En este sentido, entre otros, PISAPIA, A., «La responsabilità degli intermediari finanziari in caso di erronea segnalazione alla centrale dei rischi», *Società*, 2004, 8, p. 963; o TROBATO, Valentina, «Illegittima segnalazione alla Centrale Rischi e prova del danno alla reputazione economica», *Danno e responsabilità*, 2011, fasc. 3, p. 291. Es cada vez más frecuente que el sujeto cuyos derechos fundamentales han sido lesionados de modo ilegítimo exija la reparación de los daños y perjuicios sufridos —de carácter patrimonial o no— a través de la indemnización correspondiente. Entiende SANGIOVANNI, que, dado que el deudor verá bloqueadas su posibilidades de conseguir crédito al figurar en este tipo de registro, cuando este deudor es un empresario, el resarcimiento puede suponer la última posibilidad que le queda de permanecer en el mercado (SANGIOVANNI, Valerio, «Segnalazione alla Centrale dei rischi e questioni di responsabilità civile», *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 3, p. 251).

(62) Así lo subraya MONDANI, Anna María, en sus notas a las sentencias del *Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*, 22 marzo 2007 y del *Tribunale di Napoli* 12 marzo 2007, en *Banca, Borsa, Totoli di Credito*, Vol. LXI, noviembre-diciembre 2008, p. 789 (pp. 786-790), con cita de varias sentencias de diferentes Tribunales italianos. También TROBATO, Valentina, «Illegittima ...», *op. cit.*, p. 291, con cita de jurisprudencia italiana.

ellos o que les afecte de manera significativa de modo similar, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad<sup>(63)</sup> (vid. en este sentido, el art. 13.1 de la LOPD; el art. 15.1 de la Directiva 95/46/CE; el art. 15. 2 y 3 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, que toma la regla de la Directiva anterior; o el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679).

El sacrificio de los derechos fundamentales del deudor solo está justificado ante la proporcionada satisfacción de otro interés legítimo, basado en la efectiva insolvencia o riesgo probable de insolvencia del sujeto. Es más que cuestionable que deba sufrir ante un simple impago (o incluso varios) y con independencia de la cantidad y otras circunstancias que lo rodeen, tales como las causas del incumplimiento, pues ello podría romper la necesaria exigencia de proporcionalidad (quebrantando la prohibición de exceso) entre la limitación del derecho fundamental a la protección de los datos personales y los objetivos de interés general perseguidos con la misma (cfr. art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). ¿Cuándo va a tomar conciencia de ello el legislador?

Y aquí me voy a permitir hacer un excurso, trazando un paralelismo que, aunque relacione supuestos diferentes, creo que puede ayudar a reforzar la conclusión anterior. En momentos en que se considera de justicia imponer límites en el número de plazos impagados necesario para poder considerar vencido anticipadamente un préstamo hipotecario de modo que no cualquier incumplimiento sirva para desencadenar una ejecución hipotecaria, o en que se intenta abrir caminos a la segunda oportunidad de las personas físicas sobreendeudadas, ¿cómo no vamos a entender que es igualmente razonable que se consideren unos límites o requisitos a la hora de incluir o comunicar datos sobre impagos —por muy ciertos que sean (que en ocasiones no lo son)— en un fichero de morosos cuyo mera consulta conduce, en la práctica, al bloqueo de la financiación? Teniendo en cuenta, además, que otros datos que se omiten podrían ofrecer una imagen de solvencia, pese a haber existido algún incumplimiento pasado, que justificase la concesión del crédito. Y no se diga que la proyectada reforma de la LOPD (cfr. DA 8 Proyecto LOPD) proscribe la incorporación de aquellas

deudas en que la cuantía del principal sea inferior a cincuenta euros, lo que parece anecdótico y claramente insuficiente, salvo en aquellos casos quizá en que se considere como una deuda cada uno de los pagos en una obligación periódica —p.e., pago de una cuota telefónica— y haya impagos reiterados que asciendan a una suma relevante (cierto que se deja al Gobierno, mediante Real Decreto, la posibilidad de modificar esta cuantía). En cualquier caso, no es una cuestión meramente de cuantía sino de conjugar los datos negativos, de cuya importancia nadie duda a efectos de evaluar la solvencia, con otros positivos que den una imagen lo más fiel posible de la capacidad real del deudor de asumir sus deudas futuras. ¿Cómo si no se puede hablar de calidad de la información en este ámbito? No se puede enarbolar la bandera del derecho a la protección de datos para oscurecer estas circunstancias sin tergiversarlo.

Ahora bien, así como respecto del crédito hipotecario existe un elevado grado de sensibilización sobre los abusos cometidos y todo un movimiento jurisprudencial y legislativo que va corrigiendo las disfunciones del sistema (aunque sea a través de parches, muchas veces a golpe de sentencia del TJUE, y quede por acometer una reforma sistemática y de fondo), en la materia que ahora analizamos la situación es bien distinta.

Hay tres escollos importantes que habrá que vencer para desbloquear el impulso de los SIC privados de tipo positivo en España: por una parte, los intereses corporativos de la entidades financieras que ostentan posiciones dominantes en un mercado crediticio oligopólico y que se resisten a compartir información sobre sus clientes; por otra, la falta de una conciencia clara de las asociaciones de consumidores a la hora de valorar como ventajosos los SIC privados y decidirse a luchar por ellos; y, en tercer lugar, el temor reverencial que inspira la consideración del consentimiento del interesado como piedra angular del sistema de protección de datos que conduce a no reconocer igual fuerza a otras vías de legitimación para el tratamiento de los datos personales. Los dos primeros factores, sobre todo el primero, han llamado la atención de la doctrina que se ha ocupado de esta materia. Pero el último parece que ha pasado más o menos desapercibido y creo que merece la pena hacerlo valer, aunque eso suponga romper, como decía, algunos esquemas.

(63) Sobre esta cuestión reflexiona FERRANDO VILLALVA, Lourdes, «Denegación de crédito al consumidor y protección de datos personales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 21/2009, pp. 1-17. Por mi parte, trato *in extenso* el problema en MAS BADIA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Sistemas de Información Crediticia: la viabilidad de los ficheros positivos de solvencia en España», *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, 3<sup>a</sup> ed., Thomson-Aranzadi, en prensa.

## V. RETOS DE LA REGULACIÓN FUTURA DE LOS SIC EN ESPAÑA

No quiero finalizar sin apuntar, aunque sea de modo telegráfico, algunos factores que desde mi punto de vista deberían considerarse especialmente al acometer cualquier regulación de futuro de los SIC en España. En gran parte atienden a determinadas tendencias que caracterizan la realidad actual del Derecho sobre *Data Privacy*, vinculadas al desarrollo exponencial de las nuevas tecnologías<sup>(64)</sup>. Estos factores son los siguientes:

- 1) La necesidad de que se respete estrictamente el principio de limitación de la finalidad a la hora de discriminar entre el tipo de datos que son o no relevantes a efectos de valorar la solvencia del solicitante de crédito, ciñendo el tratamiento a los que realmente lo sean.
- 2) En relación con lo anterior, la necesidad de estar atentos al posible uso de los datos sobre solvencia para finalidades distintas de aquellas para las que fueron inicialmente recogidos.
- 3) La conveniencia de atender a los riesgos asociados al potencial de los tratamientos automatizados de datos sobre solvencia para una mala interpretación o una indebida aplicación de estos y para la diseminación de datos inválidos o engañosos.
- 4) El desdibujamiento de los contornos transaccionales, desde el momento en que las decisiones empresariales acerca de la celebración de los contratos de crédito con los consumidores se adoptan muchas veces a partir de la elaboración de perfiles de solvencia basados en el tratamiento automatizado de los datos.
- 5) Los peligros derivados de los problemas de identificación del sujeto en un entorno electrónico, que están cobrando un nuevo relieve con la extensión del fenómeno Fintech, y sus consecuencias ante la posible inclusión de «falsos deudores» en los ficheros de morosos. No solo la AEPD ha llamado la atención sobre esta realidad. Hace pocos días los medios de comunicación se hacían eco de una noticia relativa a un fallo de ciberseguridad, sobre el que alertaba el estudio

de una universidad checa, que ha obligado a desactivar la función de certificado digital de los DNI españoles emitidos a partir de determinada fecha. El fallo radica en el código usado para las claves de cifrado en numerosos sistemas de certificación digital. Entre otras cosas, permitiría robar la identidad del afectado o espiar los documentos que ha firmado con esta herramienta.

- 6) La conveniencia de idear mecanismos para obligar a las entidades de crédito a compartir datos sobre solvencia de sus clientes, con las garantías necesarias para que queden debidamente tutelados, por una parte, los derechos fundamentales de estos y, por otra, en su caso, los derechos de propiedad intelectual y los legítimos secretos comerciales<sup>(65)</sup> de aquellas en relación con el software y los algoritmos utilizados para tratar los datos. Todo en aras de los intereses generales vinculados a la correcta evaluación de la solvencia y el préstamo responsable que he puesto de relieve en estas páginas.
- 7) La desarticulación del consentimiento como dogma sagrado reivindicando la importancia, en plano de igualdad, de otras posibles vías de legitimación para el tratamiento de datos positivos sobre solvencia de acuerdo con los parámetros definidos en el RGPD.

## VI. CONCLUSIÓN GENERAL

En la actualidad, la conveniencia de potenciar los Sistemas de Información Crediticia (SIC) que permitan tratar información no solo negativa sino también positiva sobre la solvencia del solicitante de crédito debe valorarse en relación con dos tipos de factores. Uno, tradicional, vinculado a la esencia del mercado financiero. Este descansa en la gestión del riesgo de crédito. Los SIC son un instrumento básico para paliar los efectos perniciosos de la asimetría informativa que genera selección adversa y riesgo moral. Por tanto, un factor clave en las infraestructuras y el sistema financiero. Otros, se encuentran asociados al entorno social, económico y jurídico actual. En la Unión Europea, el marco jurídico y regulatorio de los SIC debe acomodarse a las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en especial el derecho a la protección de sus datos

(64) Piénsese, sin ir más lejos, en la eclosión del «Big Data» y los análisis predictivos que lo toman como base y su potencial en la elaboración de informes sobre solvencia. Sobre algunas de las referidas tendencias, *vid.* BYGRAVE, Lee A., *Data privacy Law. An international perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 9. La obra constituye la última reelaboración de la primera publicada en 2002 por este reputado especialista: *Data protection law. Approaching its rationale, logic and limits*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

(65) *Vid.* Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE L 157/1, de 15.06.2016).

de carácter personal; a la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios; y a la consolidación de un mercado único. Además, en el contexto socioeconómico originado por la grave crisis financiera de la última década, la noción de préstamo responsable como reto estratégico a nivel europeo e internacional hace que los SIC tengan un interés emergente, reforzado por el desafío constante que plantea a estos mecanismos un mundo interconectado gracias a los avances de las nuevas tecnologías.

A partir de estas premisas, hemos visto cómo son muchos los argumentos que sustentan la conveniencia de configurar los SIC de modo que se potencie, junto al tratamiento de datos relativos al historial de incumplimientos del solicitante de crédito, el de datos positivos sobre solvencia que ofrezcan una imagen más realista sobre la probabilidad de que haga o no frente a sus deudas y permitan sustentar el acceso al crédito no solo en la existencia de garantías materiales sino también reputacionales. Establecido esto, el problema se halla en determinar los *límites* que deben respetar estas herramientas tan útiles en el sistema financiero, los parámetros sobre los que debe descansar un sistema de calidad. Estos parámetros de calidad no exigen la configuración del consentimiento como única vía de legitimación del tratamiento de los datos personales relativos a la solvencia y esto puede afirmarse tanto de los datos negativos como de los positivos. Es más, exigir este consentimiento no tiene por qué ser la mejor forma de ofrecer una respuesta equilibrada a la colisión entre los intereses del acreedor y el interés general en una mejor evaluación del riesgo de crédito, por una parte, y el interés del deudor en evitar injerencias en su derecho fundamental a la protección de datos personales, manteniendo el control de los mismos, y en su derecho al honor y en evitar la exclusión financiera, por otra.

*Los SIC son un instrumento básico para paliar los efectos perniciosos de la asimetría informativa que genera selección adversa y riesgo moral*

A lo anterior hay que añadir que, a la hora de apelar a otras vías de legitimación del tratamiento distintas del consentimiento –especialmente la contenida en el apar-

tado f) del RGPD, pero también las de los apartados b) y c)– no hay argumentos de fondo suficientes para discriminar entre datos negativos y positivos facilitando el tratamiento de los primeros mediante presunciones de licitud que no se reconocen en relación a los segundos, como hace el Proyecto LOPD. No es esta la mejor forma de impulsar el deseable derrotero futuro de los SIC privados en España hacia su configuración como sistemas de tipo positivo.

En otro orden de cosas, el hecho de que el Reglamento (UE) 2016/679 deje en manos de los legisladores nacionales la regulación específica de los SIC, contribuirá a consolidar un efecto indeseable: la gran heterogeneidad entre los diferentes SIC de los Estados miembros de la Unión Europea que puede constatarse en la actualidad. Este resultado es incoherente con la filosofía que ha informado el paso de la técnica de la directiva a la del reglamento en materia de protección de datos de carácter personal: avanzar en la homogeneización de los ordenamientos de los diferentes EEMM. Y, lo que es peor, entorpece la expansión de un mercado único con libre prestación de servicios en que los datos sobre solvencia se comuniquen entre operadores de distintos Estados, favoreciendo la competencia, lo que resulta especialmente grave en una realidad caracterizada cada vez más por la movilidad y la digitalización.

Finalmente, el planteamiento denunciado no encaja con la evolución del concepto de préstamo responsable en las normas jurídicas. Se observa una tensión irresuelta a la que convendrá poner remedio, entre las normas que apelan al préstamo responsable e imponen al acreedor deberes de evaluar correctamente la solvencia y al deudor de colaborar en ello y las que, desde el ámbito de la protección de datos entorpecen el tratamiento de los datos positivos sobre solvencia patrimonial, lo que perjudica la consecución de los objetivos en que se centran las normas que intentan profundizar en el préstamo responsable. Una disfunción, digo, que habrá que resolver. La propuesta del Proyecto de LOPD por la que el legislador acomete la adaptación de la LOPD española al Reglamento (UE) 2016/679 y que acaba de comenzar su andadura parlamentaria ha mejorado el sistema anterior pero es, a su vez, mejorable. ¿Estamos aun a tiempo?