

La consulta se centra en la licitud de un tratamiento de datos en un sistema de información crediticia que contendrá tanto información relativa al cumplimiento de obligaciones dinerarias (información positiva) como información relativa al incumplimiento de dichas obligaciones (información negativa), al amparo de la base jurídica contemplada en el artículo 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos, RGPD).

Esta cuestión ha sido objeto de estudio por este Gabinete Jurídico, desde la perspectiva más amplia que permitía el análisis del Código de conducta del sector infomediario de protección de datos de carácter personal presentado por la Asociación Multisectorial de la Información (ASEDIE), y que se ha informado desfavorablemente en nuestro reciente informe 89/2020, de 16 de marzo de 2021, siendo sus argumentos relativos al tratamiento de datos personales por los denominados “ficheros positivos” sobre la base jurídica del artículo 6.1.f) del RGPD, plenamente trasladables a la presente consulta, por lo que se procede a su transcripción:

#### **I.- MANTENIMIENTO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA CON DATOS RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS, FINANCIERAS O DE CRÉDITO (FICHEROS DE SOLVENCIA POSITIVOS).**

El informe emitido por la Subdirección General RGPD considera que su contenido no se adecúa a lo dispuesto en el RGPD o en la LOPDGDD, enumerando una serie de razones que se sintetizan en las siguientes: se aprecia una confusión entre el interés del responsable y la finalidad del tratamiento, ya que el interés invocado no parece ser sino el de obtener un beneficio económico en tanto que la necesidad de que terceras entidades conozcan los datos de cumplimientos económicos constituiría la finalidad del tratamiento; los datos se recabaron con otra finalidad, debiendo concluirse que el juicio o test de compatibilidad sería contrario al principio de finalidad; el artículo 5 del RGPD requiere que los datos sean tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado y el interés legítimo exige que el tratamiento sea necesario; de los datos tratados se puede llegar a obtener un perfil de los interesados que muestre su vida e intimidad personal y familiar;

existen países que no consideran el interés legítimo como base para la realización de estos tratamientos; no se aportan garantías suficientes; el legislador ha regulado con base en el interés legítimo el tratamiento de datos de los ficheros negativos, guardando silencio sobre este tipo de ficheros; no se aprecia la prevalencia del interés legítimo del responsable o de terceros sobre los derechos y libertades de los afectados.

**1.- Antecedentes históricos y legislativos. Tratamiento diferenciado de los sistemas de información crediticia relativos al cumplimiento de obligaciones y los referidos al incumplimiento en la legislación y doctrina administrativa española.**

Este Gabinete Jurídico comparte el criterio manifestado por la Subdirección General RGD que, además, se corresponde con el tratamiento tradicional que han tenido en nuestro ordenamiento jurídico los ficheros positivos, cuya legitimidad se basaba en la obtención del consentimiento del afectado, tal y como ha venido señalando, reiteradamente, esta Agencia.

En este sentido, en el informe 180/2010, ya se destaca cómo el tratamiento de datos relativos a la situación crediticia de una determinada persona física era uno de los que mayores reclamaciones generaba ante la Agencia Española de Protección de Datos, lo que dio lugar a que se dictara su primera Instrucción de carácter general (la Instrucción 1/1995 de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito) en referencia a este tipo de tratamientos, a fin de resolver los problemas que el mismo planteaba desde el punto de vista de la aplicación de los principios de calidad de datos, consagrados por el artículo 6 de la Directiva) y de seguridad, previsto en su artículo 17.

Posteriormente, el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, procedió a su regulación, diferenciando dos supuestos:

“1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al

público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

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

3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos.

4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos.”

Analizando dicha diferenciación, el citado informe 180/2010 señalaba lo siguiente:

Así, por una parte, los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en sentido estricto recogerían información obtenida del propio interesado o de fuentes accesibles al público, pudiendo los mismos incorporar información tanto positiva como negativa y quedando, en general, sometidos al régimen común de las normas de protección de datos.

Frente a tales ficheros, el artículo 29.2 de la Ley Orgánica se refiere a los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, en que los datos podrán ser facilitados directamente al sistema de información crediticia por los acreedores o quienes actúen por cuenta o interés de los mismos, entendiendo el legislador que la

legitimación para el tratamiento de tales datos podrá encontrar su causa en lo dispuesto en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, dado que el legislador aprecia la existencia de un interés legítimo para el tratamiento de los datos que prevalece sobre el derecho a la protección de datos del interesado, que simplemente habrá de ser informado acerca de este tratamiento.

La exclusión de la intervención del interesado en el tratamiento de datos en estos ficheros (respecto de cuya permanencia no podrá efectuar oposición alguna, a menos que no se cumplan los principios de protección de datos) tiene como compensación para garantizar el adecuado equilibrio de intereses, un reforzamiento de las garantías del cumplimiento de los principios de calidad de datos, que exigirán extremar las cautelas tendentes a garantizar que los datos sean adecuados pertinentes y no excesivos, que reflejen la situación real del deudor y que no se conserven por un período de tiempo que exceda la finalidad que justifica el tratamiento.

En consecuencia, el legislador español ha analizado la aplicación de la regla de equilibrio consagrada por el artículo 7 f) de la Directiva en relación con los sistemas de información crediticia, teniendo en cuenta la finalidad o “interés legítimo” perseguido por el tratamiento, cual es la sostenibilidad del sistema financiero y crediticio y la garantía del acceso al crédito por parte de los particulares y empresas, tal y como se desprende de lo establecido en los artículos 8 y 9 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 teniendo en cuenta tal análisis, el legislador ha considerado que la finalidad perseguida con estos tratamientos prevalecerá sobre el derecho a la protección de datos del deudor en aquellos supuestos en que el mismo no haya dado cumplimiento a sus obligaciones, no siendo preciso el consentimiento del interesado en tales casos y siendo suficiente la comunicación directa de los datos al fichero por parte del acreedor o quien actúe por cuenta o interés del mismo. Por el contrario, cuando los datos no se refieren a incumplimientos, sino a la simple existencia de crédito o el cumplimiento del mismo (es decir, a los llamados ficheros positivos), el legislador ha considerado que el interés legítimo del responsable únicamente prevalece sobre el derecho a la protección de datos del interesado en caso de que tales datos sean

manifiestamente públicos, siendo en los restantes supuestos necesario contar con el consentimiento del interesado.

Una vez efectuada tal consideración, y teniendo en cuenta que el legislador considera prevalente el interés legítimo del responsable y posibles destinatarios de los datos en los supuestos de sistemas de información crediticia con datos negativos, aquél ha establecido un sistema de garantías reforzadas que aseguren que los datos contenidos en el sistema cumplen con las exigencias establecidas en la legislación de protección de datos y en particular en la Directiva 95/46/CE de la que trae causa la Ley española, así como una serie de mecanismo tendentes a garantizar asimismo que el interesado, que no puede decidir en modo alguno sobre el tratamiento en estos casos, por resultar aplicable el citado artículo 7 f) de la Directiva y que no puede ejercer su derecho de oposición, al venir expresamente reconocido el tratamiento por la Ley, tenga pleno conocimiento del tratamiento de sus datos y pueda ejercer adecuadamente los restantes derechos que la Ley y la Directiva le reconocen.

El sistema se cierra finalmente con la autorización expresa otorgada por el legislador al regulador, es decir, al Banco de España, para la creación de un fichero específico referido al riesgo de crédito contraído por las entidades financieras de crédito (Central de Información de Riesgos del banco de España, regulada por la Ley 44/2002, de medidas para la reforma del sistema financiero), al que se comunicarán por la entidades financieras la totalidad de las operaciones, positivas o negativas, que impliquen la existencia de un riesgo de crédito. En este supuesto, dado que la finalidad perseguida por el fichero es la adecuada supervisión por el regulador del riesgo de crédito contraído por las entidades, el legislador ha considerado igualmente prevalente el interés legítimo o finalidad perseguido por el fichero sobre el derecho a la protección de datos de los interesados, por lo que no será preciso acudir al consentimiento de los mismos, encontrándose el tratamiento legitimado por el artículo 7 f) de la Directiva.

En definitiva; la legislación española reconoce la existencia de dos tipos distintos de sistemas de información crediticia, positivos y negativos, estableciendo un régimen diferenciado para ambos que, originariamente, se funda en la existencia de una diferente legitimación para el tratamiento de datos en unos y otros, lo que igualmente afectará a las

garantías a adoptar para el cumplimiento de los distintos principios consagrados por la Directiva.

[...]

Del mismo modo, y teniendo en cuenta lo que se ha venido indicando a lo largo del presente escrito, el legislador considera prevalente el interés del responsable y del cesionario en los supuestos en los que existe efectivamente un dato negativo; es decir, un impago real de las obligaciones por parte del interesado, de forma que en caso de haber desaparecido esa circunstancia desaparece también el citado interés y la legitimación para el tratamiento a la que se viene haciendo referencia, dado que los datos no estarían siendo tratados para los fines propios de los sistemas con datos negativos, sino de los denominados ficheros positivos, no pudiendo legitimarse el tratamiento en el artículo 7 f) de la Directiva sino, como regla general, en su artículo 7 a), lo que requerirá el consentimiento del afectado.

Este criterio fue mantenido, igualmente, por el Tribunal Supremo, en sus sentencias (2) de 15 de julio de 2010 (Rec. 23/2008 y Rec. 26/2008), en las que después de transcribir los dos primeros apartados del artículo 29 de la LOPD, concluía lo siguiente:

La lectura de dichos apartados permite concluir, en una interpretación lógico-sistemática de los mismos, que el apartado 1 se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento y que el apartado 2 hace mención a los ficheros negativos o de incumplimiento, como sin dificultad se infiere, pese a la referencia al "cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones", de que se trata de datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés. Lo que no resulta admisible son los ficheros positivos prescindiendo del consentimiento del afectado.

Como recuerda el informe de esta Agencia 114/2012, dicha sentencia fue dictada en el marco del mismo proceso en que planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la previsión contenida en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, se encuentra dotada de efecto directo, y que dio lugar a la sentencia del Tribunal de 24 de noviembre de 2011, en que dicho Órgano ratificaba esa circunstancia, añadiendo que

En consecuencia, el propio Tribunal Supremo en el proceso en que se planteaba si la regla de ponderación del interés legítimo del responsable con los derechos del interesado se encontraba dotada de efecto Directo, dejando imprejuizados los preceptos del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que consideró vinculados a la decisión final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no consideró necesario esperar a dicha resolución para determinar si era posible la existencia de ficheros positivos sin contar con el consentimiento del interesado, entendiendo que dicho consentimiento sería preciso en ese caso con independencia de que la Sentencia del Tribunal de Justicia declarase el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva.

En consecuencia, esta Agencia, siguiendo el criterio sustentado por el Tribunal Supremo, no puede sino considerar que será preciso obtener el consentimiento el interesado para la inclusión de sus datos en los denominados ficheros positivos de solvencia patrimonial y crédito.

Por otro lado, la necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos personales en los ficheros positivos había sido reconocida, igualmente, por el Grupo del Artículo 29 en su Documento de trabajo sobre las listas negras (WP 65) adoptado el 3 de octubre de 2002:

Abordando de una forma genérica un posible concepto básico de lista negra, podría señalarse que consistiría en la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación.

Dado que cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, constituye un tratamiento de datos personales sujeto a la Directiva 95/46/CE y, consecuentemente, sujeto a las respectivas normativas de transposición de la misma en los distintos Estados miembros, estas llamadas listas negras, para poder existir legalmente, deberán someterse a los principios de legitimación que aparecen en dicha Directiva y respetar los derechos que a los ciudadanos les confiere la misma, salvo que puedan acogerse a alguna de las excepciones previstas en ella.

[...]

Ficheros de deudores y servicios de información de solvencia patrimonial y crédito

Estos ficheros son, quizá, las listas negras que más influencia tienen en un número elevado de ciudadanos y cuya existencia se puede constatar en todos los Estados miembros. También es cierto que son los tratamientos de datos personales los que, en general, suscitan un mayor número de reclamaciones a las autoridades de control de protección de datos europeas. El primer aspecto que debemos mencionar respecto de estos ficheros es la existencia de diversos tipos de regulación en la totalidad de los Estados miembros. En algunos casos se contiene en la normativa de transposición de la Directiva 95/46/CE, mientras que en otros aparece en normativas sectoriales de carácter comercial o financiero. No se trata, por lo tanto, de valorar o enjuiciar la legitimidad de la existencia de tales ficheros, que como se ha señalado disponen de base jurídica en los respectivos Estados Miembros, sino de analizar su aplicación y puesta en práctica. Estas actividades suponen la concertación entre distintos empresarios para transmitirse entre sí, generalmente por medio de una entidad centralizadora, informaciones sobre los clientes, las cuales inciden en las condiciones comerciales o de servicio, de forma directa y significativa. La regulación legal de estas listas se basa en la necesidad de las empresas de contar con información que les permita evaluar los riesgos cuando aceptan prestar un servicio o entregar un bien a crédito y cumplen, de esta manera, también una función de estabilidad y saneamiento del tráfico mercantil.

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

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

En el caso de ficheros en los que se recoge el historial positivo de los pagos de una persona (incluso prohibido en algún Estado miembro, dado que el cumplimiento por parte del deudor no supone riesgo alguno

para la estabilidad del sistema financiero ni, en principio, dicha comunicación es necesaria para llevar a buen fin una relación contractual entre las partes), la inclusión de esos datos en ficheros comunes debería legitimarse bien en la existencia de legislación que así lo prevea (por ejemplo, para posibilitar a las autoridades financieras competentes evaluar el riesgo general asumido por las entidades financieras) o bien en la existencia de un consentimiento libre, inequívoco, específico e informado por parte del afectado.

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

Posteriormente, tras la aprobación del RGPD, esta Agencia ha venido destacando que la reforma operada por el mismo respecto del régimen contenido en la Ley Orgánica 15/1999 exige un cambio de perspectiva en lo que respecta a los principios articuladores del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, en particular, a aquél que hacía del “principio de consentimiento” el eje central del derecho a la protección de datos ya que en el texto del artículo 6.1 del RGPD el consentimiento se recoge como una de las seis causas de legitimación para el tratamiento sin ostentar mayor o menor importancia que las restantes que en la norma se enumeran, de modo que no procede recabar en ningún caso el consentimiento del afectado en los supuestos en los que el tratamiento se encuentre amparado por cualquiera de las causas incluidas en las letras b) a f) del artículo 6.1 del RGPD.

Sin embargo, en relación con los ficheros positivos, el criterio de la Agencia no ha cambiado, considerando necesario, dada la mayor incidencia que dichos ficheros tienen en los derechos e intereses de los afectados, la necesidad del consentimiento de los mismos, circunstancia que, incluso, había sido prevista por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, tal y como se indica en el informe 194/2017:

Respecto de los sistemas de información crediticia, el artículo 14 viene a recoger en el articulado del nuevo texto legal las normas ya contenidas en el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 y en sus normas de

desarrollo, contenidas en el Capítulo I del Título IV de su Reglamento. Como novedad, no obstante el apartado 2 del artículo se refiere a los ficheros relacionados con el cumplimiento de obligaciones dinerarias.

Se establece así una estructura en que el apartado 1 se refiere a los tradicionalmente denominados “ficheros negativos”, respecto de los que sería de aplicación como base legitimadora del tratamiento el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos, conforme a lo previstos en el artículo 9.3 del Anteproyecto, dedicándose el apartado 2 a los denominados “ficheros positivos”, en que el legislador considera que no procede la aplicación de la citada regla de ponderación como base legal del tratamiento, exigiendo el consentimiento del afectado. Junto con ellos, el apartado 3 establece las disposiciones comunes a ambos sistemas de información o a los sistemas en que se contengan datos tanto de cumplimientos como de incumplimientos, recogiendo las disposiciones actualmente vigentes para los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Finalmente, el apartado 4 establece una especialidad en lo que respecta al cumplimiento del principio de finalidad para este tipo de sistemas de información, que no ampara la elaboración de perfiles a partir de otra información distinta.

La primera de las novedades del precepto es la regulación de los supuestos de cumplimiento de obligaciones, estableciendo el principio de que la regla de ponderación del artículo 6.1 f) del Reglamento general no opera como causa legitimadora del tratamiento, que deberá contar con el consentimiento del interesado. Se hace así eco de lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 (sic) de julio de 2010, que indicaba lo siguiente:

[...]

Posteriormente, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley, de 26 de octubre de 2017, en relación con la regulación que el mismo hacía en su artículo 22 sobre los llamados sistemas comunes de información crediticia, que llevan a cabo el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento (apartado 1) o al cumplimiento (apartado 2) de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito, señala lo siguiente:

Al igual que en los supuestos precedentes, en la medida en que la lista de circunstancias legitimadoras del tratamiento contenida en el artículo 6.1 del Reglamento Europeo debe considerarse exhaustiva, la licitud de este tipo de tratamientos debe encontrar encaje en alguno de esos

supuestos, siendo el contemplado en su letra f) -intereses legítimos perseguidos por el responsable o por un tercero- el que de forma más evidente se impone. Como ya se expuso al analizar el artículo 9.3 del Anteproyecto, sin embargo, el Reglamento no habilita a los Estados miembros a desarrollar este supuesto, y la jurisprudencia viene señalando que una ponderación de intereses como la que impone este precepto debe realizarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto, sin que la normativa nacional pueda excluir la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales estableciendo el resultado de la ponderación "con carácter definitivo (...) y sin permitir un resultado diferente" (SSTJUE ASNEF y Breyer, ya citadas).

Parece ser la voluntad del legislador comunitario, por tanto, que la determinación de las circunstancias en que un determinado sistema de información crediticia sea legítimo deba ser valorado caso a caso por el propio responsable del tratamiento y, en último término, por las autoridades de protección de datos y por los tribunales, lo que implica la desaparición de la vigente regulación sobre tales tratamientos (artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999) y la consiguiente supresión del artículo 22 del Anteproyecto y de la disposición adicional octava del mismo, vinculada al primero.

La única área de intervención del legislador nacional en estos casos sería el relativo a aquellos sistemas de información crediticia que respondan a un determinado interés público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 y 3 del Reglamento.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la ya apuntada posibilidad de redactar estas previsiones en forma de presunción iuris tantum, tal y como se indicó en las observaciones al artículo 9.3 del Anteproyecto.

Atendiendo a dicha observación, el legislador nacional optó por establecer una presunción, iuris tantum, de interés legítimo prevalente en el caso de los ficheros negativos, incrementando las garantías respecto a las que se venían exigiendo hasta ese momento para dichos ficheros. Sin embargo, optó intencionadamente por no establecer la misma presunción respecto de los ficheros positivos, que de este modo quedaban huérfanos de regulación legal,

debiendo realizarse la correspondiente ponderación por los responsables de los tratamientos, “y, en último término, por las autoridades de protección de datos y por los tribunales”.

No obstante, esta Agencia no ha variado su criterio respecto a los ficheros positivos, dada, como se señalaba anteriormente, la mayor incidencia que los mismos tienen para los derechos e intereses de los afectados, y que impide apreciar la prevalencia de los intereses legítimos del responsable o de terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, tal y como se analizará detenidamente en el presente informe. En este sentido, en el reciente informe 41/2020, relativo al Proyecto de Orden Ministerial de regulación del crédito revolvente, respecto de la nueva redacción que el mismo daba al artículo 18.2.a) 2º de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establecía que “2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a otros sistemas de información crediticia, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en el 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 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, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y su normativa de desarrollo”, esta Agencia destacaba la necesidad de hacer referencia al artículo 20 de la LOPDGDD, que únicamente se refiere a los ficheros negativos, que son los únicos regulados en la ley, así como la diferente base jurídica de los tratamientos realizados por éstos respecto de la CIRBE, señalando lo siguiente:

Sobre este texto esta AEPD emite un informe negativo, por las siguientes razones:

En primer lugar, y a diferencia de lo que parece resultar del texto propuesto, los sistemas de información crediticia no se regulan en el RGPD, sino bien al contrario están directamente regulados en el art. 20 de la ley orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Es este artículo el que establece una presunción de licitud para el tratamiento de datos personales relativos a determinados sistemas de información crediticia. Una remisión inicial al RGPD podría determinar una interpretación contraria a este artículo de la LOPDGDD, en detrimento de los sistemas de información crediticia previstos en esta última norma, dado que el RGPD, como ya se ha mencionado, no contiene una regulación o garantías específicas de los sistemas de información crediticia.

En segundo lugar, el uso de la expresión “otros sistemas de información crediticia” tras referirse al CIRBE puede dar lugar a pensar que existe una similitud en la naturaleza jurídica del CIRBE y del resto de “entidades de naturaleza privada” que pueden prestar ese servicio de información a las entidades declarantes. El art. 69 de la ley 44/2002, con rango legal y superior por tanto a la propuesta de Orden, lo expresa así adecuadamente. Además, el art. 59 de dicha ley 44/2002 califica al CIRBE como un “servicio público”, con lo cual la base jurídica para el tratamiento de los datos personales por el CIRBE será bien el apartado c) bien el apartado e) del apartado 1 del art. 6 RGPD, base esta que en ningún caso se aplicará al resto de entidades que presten este servicio de información conforme al art. 20 LOPDGDD.

Se considera por último que expresa mejor las características que separan al CIRBE de otras entidades privadas el texto actual del epígrafe 2º de la letra a) del apartado 2 del art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, obviamente adaptado a los cambios normativos acaecidos desde su promulgación, y con la debida referencia a la LOPDGDD y al RGPD.

Se sugiere por tanto para este epígrafe la siguiente redacción:

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en el 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 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, y en la citada ley orgánica y su normativa de desarrollo.

Sobre esta cuestión se pronunció, igualmente, el Consejo de Estado en su Dictamen sobre dicho proyecto de Orden de 2 de julio de 2020, señalando lo siguiente:

8. El artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, regula la evaluación de solvencia en el préstamo responsable, disponiendo en su apartado 1 que “las entidades, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre

ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad".

Entre los aspectos que deben evaluar las entidades, el apartado 2.a) se refiere a la situación financiera del cliente y dispone que se consultará su historial crediticio. A tal efecto señala que las entidades podrán "acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (...)".

Dichos sistemas de información crediticia que se contemplan en la LO 3/2018 son los denominados ficheros negativos de solvencia, también conocidos como ficheros de morosos, que incluyen información relativa a incumplimientos de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito. La LO 3/2018 establece una presunción de licitud respecto del tratamiento de los datos personales contenidos en dichos ficheros.

A lo largo de la tramitación del proyecto sometido a consulta, varias entidades han indicado la conveniencia de que el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, incluya expresamente también la posible consulta a los denominados ficheros positivos de solvencia, esto es, ficheros que recogen información sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias (por ejemplo, datos sobre los préstamos concedidos a un cliente, su importe, plazo de amortización o garantías asumidas). Consideran que esto reduciría las asimetrías informativas a la hora de conceder créditos y coadyuvaría a evitar situaciones de sobreendeudamiento y a reducir los tipos de interés.

La consulta a este tipo de ficheros, no contemplados expresamente en la LO 3/2018, está ya prevista legalmente para la concesión de algunos créditos. En particular, el artículo 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario lo prevé para tales contratos y su disposición adicional duodécima lo amplía también para los contratos de crédito al consumo, disponiendo que la consulta a tales ficheros se hará en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el artículo 5.2.d) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, faculta a la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa (hoy Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital) para dictar normas que favorezcan, en la comercialización de préstamos y créditos, "la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante", no existe inconveniente en que la orden proyectada recoja expresamente la posibilidad de que las entidades consulten los ficheros positivos para evaluar la solvencia de los clientes,

siempre que ello se haga respetando la normativa de protección de datos personales.

De hecho, esta parece haber sido la intención del órgano proponente del proyecto, tal y como se señala en una de las notas que obran en el expediente en la que se analizan las observaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública. De ahí que se modifique el 18.2.a).2º que pasa a referirse a "los sistemas de información crediticia", en lugar de a "los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito" como hacía anteriormente. Sin embargo, al mantener la referencia inmediata a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales no se consigue la finalidad perseguida.

Se sugiere, por tanto, eliminar dicha referencia. Además, sería conveniente que el precepto se remitiera con carácter general a la normativa sobre protección de datos personales, en lugar de al Reglamento (UE) 2016/679, a la LO 3/2018 y a su normativa de desarrollo. De esta manera se evitaría que la orden quedara desactualizada si alguna de dichas normas cambian en el futuro.

En consecuencia, se propone la siguiente redacción alternativa del artículo 18.2.a). 2º: "Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia, con los requisitos y garantías previstos en la normativa sobre protección de datos personales."

No obstante, dicha observación no fue recogida en el texto definitivo de la Orden, que ha mantenido la redacción que había sido propuesta por esta Agencia, haciendo referencia, exclusivamente y en contra de lo que habían solicitado las entidades a las que se les había dado audiencia en el expediente, la única referencia a los ficheros negativos del artículo 20 de la LOPDGDD, sin incorporar previsiones relativas a los ficheros positivos de solvencia:

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en el 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 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, en la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y su normativa de desarrollo

Partiendo de lo anterior, puede sostenerse que, al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno, desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, que, a falta de regulación legal, la legitimidad del tratamiento de datos personales referidos a situaciones de cumplimiento de obligaciones dinerarias (ficheros de solvencia positivos) requiere el consentimiento del afectado, sin que dicha apreciación haya cambiado tras la entrada en vigor del RGPD, dada la mayor incidencia que dichos tratamientos tienen en los derechos e intereses de los mismos y que se obvia en el proyecto de código de conducta remitido, tal y como se analizará posteriormente, y que impide apreciar la prevalencia de los intereses legítimos del responsable o de terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados.

A este respecto hay que destacar que, si bien el legislador, siguiendo el criterio del Consejo de Estado, no ha exigido expresamente el consentimiento de los afectados al impedirlo el RGPD, tampoco ha establecido una presunción iuris tantum que legitimara los mismos y diese carta de naturaleza a este tipo de ficheros positivos, al contrario de lo que ha hecho, siguiendo también nuestra tradición jurídica, respecto de los ficheros negativos, si bien, respecto de estos últimos ha introducido aún mayores garantías, para tratar de evitar los problemas que se producen con los mismos.

## **2.- Análisis del tratamiento de los sistemas de información crediticia relativos al cumplimiento de obligaciones en el código de conducta.**

Partiendo de lo anterior, procede analizar si el tratamiento propuesto en el código de conducta podría ampararse, tal y como se pretende, en el interés legítimo, partiendo de que el legislador no ha establecido una presunción del mismo, si bien, como señala la Exposición de Motivos de la LOPDGDD “En el Título IV se recogen «Disposiciones aplicables a tratamientos concretos», incorporando una serie de supuestos que en ningún caso debe considerarse exhaustiva de todos los tratamientos lícitos. Dentro de ellos cabe apreciar, en primer lugar, aquellos 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”.

El código de conducta pretende amparar dichos tratamientos en la existencia de un interés legítimo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.f) del RGPD: 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, en particular cuando el interesado sea un niño.

Los Considerandos 47 a 49 del RGPD incluyen la identificación de algunos supuestos de interés legítimo:

(47) El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.

(48) Los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados. Los principios generales aplicables a la transmisión de datos personales, dentro de un grupo empresarial, a una empresa situada en un país tercero no se ven afectados.

(49) Constituye un interés legítimo del responsable del tratamiento interesado el tratamiento de datos personales en la medida estrictamente necesaria y proporcionada para garantizar la seguridad de la red y de la información, es decir la capacidad de una red o de un sistema información de resistir, en un nivel determinado de confianza, a acontecimientos accidentales o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos personales conservados o transmitidos, y la seguridad de los servicios conexos ofrecidos por, o accesibles a través de, estos sistemas y redes, por parte de autoridades públicas, equipos de respuesta a emergencias informáticas (CERT), equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT), proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y proveedores de tecnologías y servicios de seguridad. En lo anterior cabría incluir, por ejemplo, impedir el acceso no autorizado a las redes de comunicaciones electrónicas y la distribución malintencionada de códigos, y frenar ataques de «denegación de servicio» y daños a los sistemas informáticos y de comunicaciones electrónicas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, en la que se declaró expresamente el efecto directo de lo dispuesto en el artículo 7.f de la Directiva 95/46/CE, relativo al interés legítimo como base del tratamiento, recuerda en su apartado 38 que el artículo 7 f) de la Directiva “establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado” y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma “dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado”.

A este respecto cabe poner de manifiesto que en esa ponderación entre el posible interés legítimo del responsable y los derechos del interesado, estos últimos tienen la consideración de derecho fundamental conforme al art. 18.4 de la Constitución y art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y si bien, como todo derecho fundamental, el de protección de datos personales admite limitaciones, ello habrá de ser en favor de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. El propio Considerando 4º del RGPD señala que *[el] tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.* Y la circunstancia de que en la ponderación se someta a escrutinio un derecho fundamental frente a otro tipo de intereses, legítimos, pero que no gozan del mismo nivel de protección, no ha de ser indiferente.

El Grupo del 29, en su extenso Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, analiza detenidamente esta base jurídica y proporciona interesantes ejemplos al respecto, al objeto de apreciar cuándo, en virtud de la “prueba de sopesamiento”, el interés legítimo del responsable puede considerarse prevalente.

De sus conclusiones, interesa extractar lo siguiente:

a) En primer lugar, que el interés legítimo del responsable del tratamiento no deberá considerarse un fundamento jurídico que solo puede utilizarse con moderación para cubrir las lagunas en situaciones raras o imprevistas como «un último recurso», o como una última posibilidad si no se pueden aplicar otros motivos de legitimación. Tampoco deberá percibirse como una opción preferente ni deberá extenderse su uso indebidamente porque se considere menos restrictiva que los demás fundamentos jurídicos. Por el contrario, se trata de un medio tan válido como cualquier otro para legitimar el tratamiento de datos personales.

Una utilización apropiada del artículo 7, letra f), en las circunstancias correctas y sujeta a las garantías pertinentes, puede ayudar a impedir un uso indebido y a evitar una dependencia excesiva de otros fundamentos jurídicos. Una evaluación adecuada del equilibrio en virtud del artículo 7, letra f), en ocasiones con una posibilidad de exclusión voluntaria del tratamiento, puede en algunos casos ser una alternativa válida al uso inapropiado, por ejemplo, del fundamento jurídico basado en el «consentimiento» o en la «necesidad de ejecución de un contrato». Considerado de este modo, el artículo 7, letra f),

presenta garantías complementarias en comparación con otros motivos de legitimación determinados previamente. No deberá, por tanto, considerarse como «el vínculo más débil» o una puerta abierta para legitimar todas las actividades de tratamiento de datos que no estén comprendidas en cualquiera de los demás motivos de legitimación.

b) En segundo lugar, que el interés del responsable del tratamiento, entendido en el sentido más amplio posible, para que pueda considerarse «legítimo» deberá ser lícito, es decir, conforme a la legislación nacional y de la UE. Debe estar articulado también con la claridad suficiente y debe ser lo suficientemente específico para permitir que la “prueba de sopesamiento” se realice en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Debe también representar un interés real y actual, es decir, no debe ser especulativo.

c) El tratamiento debe ser también «necesario para la satisfacción del interés legítimo» perseguido por el responsable del tratamiento o, en el caso de revelación de los datos, por la tercera parte. Por tanto, siempre se preferirán medios menos invasivos para servir al mismo fin.

d) Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la aplicación de la “prueba de sopesamiento”, se identifican unos factores clave que deben considerarse al efectuar la misma:

- la naturaleza y fuente del interés legítimo, incluido el hecho de:
  - si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, o
  - si se trata, de otro modo, de una cuestión de interés público o que se beneficia del reconocimiento jurídico o normativo, social o cultural de la comunidad afectada.
- el impacto sobre los interesados, incluidas:
  - la naturaleza de los datos, por ejemplo, si el tratamiento afecta a datos que puedan considerarse sensibles o que consten en fuentes públicas;
  - la manera en la que se tratan los datos, por ejemplo, si los datos se han revelado al público o se han puesto de otra manera a disposición de un gran número de personas, o si grandes cantidades de datos personales se tratan o combinan con otros datos (por ejemplo, en el caso de la elaboración de perfiles, con fines comerciales, de cumplimiento de la ley u otros);
  - las expectativas razonables del interesado, especialmente en relación con el uso y la revelación de los datos en el contexto pertinente;

- la posición del responsable del tratamiento y del interesado, incluido el equilibrio de poder entre ambos, o si el interesado es un niño o pertenece de otro modo a un segmento vulnerable de la población.
- las garantías adicionales para impedir un impacto indebido sobre los interesados, incluidas:
  - la minimización de los datos (por ejemplo, limitaciones estrictas sobre la recopilación de datos o su eliminación inmediata tras su uso);
  - medidas técnicas y organizativas para garantizar que los datos no puedan utilizarse con el fin de adoptar medidas o emprender otras acciones en relación con las personas («separación funcional»);
  - uso extensivo de técnicas de anonimización, agregación de datos, tecnologías de protección de la intimidad, protección de la privacidad desde el diseño, evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad;
  - aumento de la transparencia, derecho general e incondicional de exclusión voluntaria (“opt out”), portabilidad de los datos y medidas relacionadas para capacitar a los interesados.

En relación con estas garantías, y con la evaluación global del equilibrio, tres cuestiones desempeñan con frecuencia un papel crucial en el contexto del artículo 7, letra f), y, por tanto, requieren especial atención:

- la existencia o la posible necesidad de medidas adicionales para aumentar la transparencia y la responsabilidad;
- el derecho de oposición al tratamiento por parte del interesado, y más allá de la oposición, la posibilidad de exclusión voluntaria sin la necesidad de justificación; y
- el empoderamiento de los interesados: la portabilidad de los datos y la disponibilidad de mecanismos viables para que el interesado acceda, modifique, elimine, transfiera o de otro modo reutilice (o permita reutilizar a terceros) sus propios datos.

Las conclusiones recogidas en el citado Dictamen del Grupo del 29, si bien referidas a la Directiva 95/46, resultan siendo plenamente aplicables tras la entrada en vigor del RGPD, que no ha introducido importantes variaciones en la caracterización del interés legítimo del responsable o de terceros como base jurídica para el tratamiento de datos personales.

Partiendo de lo anterior, procede analizar, a continuación, el estudio realizado en el código de conducta sobre el interés legítimo del responsable o de terceros, los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados y las garantías aportadas, al objeto de apreciar la idoneidad de la ponderación realizada.

## **2.1. El interés legítimo del responsable o terceros.**

En primer lugar, procede analizar el interés legítimo invocado, teniendo en cuenta que, como señala el citado Dictamen 6/2014, la existencia de dicho interés legítimo en el tratamiento de determinados datos no significa que pueda, necesariamente, utilizar esta base jurídica ya que ello dependerá del resultado de la “prueba de sopesamiento”, avanzando que “si el interés perseguido por el responsable del tratamiento no es apremiante, es más probable que el interés y los derechos del interesado prevalezcan sobre el interés legítimo —pero menos importante— del responsable del tratamiento. Del mismo modo, esto no significa que un interés menos apremiante del responsable del tratamiento no pueda prevalecer a veces sobre los intereses y derechos de los interesados: esto sucede normalmente cuando el impacto del tratamiento sobre los interesados es también menos importante”.

En el presente caso, el interés legítimo se identifica con la evaluación de riesgo de crédito y el análisis de solvencia, al amparo de “numerosísimos estudios teóricos” y “empíricos” (que no se aportan) que demuestran que el uso de información “positiva” potencia los efectos de la “negativa”, y que el intercambio de información positiva es la única que puede eliminar o reducir el riesgo de sobreendeudamiento. Por eso, considera que se trata de una herramienta idónea para que las entidades prestamistas puedan cumplir con su obligación de facilitar préstamo responsable, de acuerdo con el artículo 29.1. de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Asimismo cita, entre otra normativa favorable a la existencia de ficheros positivos en determinados ámbitos (como 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, 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° 1093/2010, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo,

la más reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

En definitiva, se identifica como interés legítimo la necesidad de que las entidades concedentes de crédito conozcan los datos de cumplimiento de obligaciones de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito para la reducción del riesgo asociado a las decisiones de crédito, así como el interés “general social consistente en la estabilidad y fortaleza del sistema financiero en su conjunto, que es esencial en una economía moderna”.

No obstante, como se señala en el informe de la Subdirección General RGPD, existiría una confusión entre la finalidad del tratamiento y el interés legítimo, ya que como recuerda el Dictamen 6/2014, “El concepto de «interés» está estrechamente relacionado con el concepto de «finalidad» mencionado en el artículo 6 de la Directiva, aunque se trata de conceptos diferentes. En términos de protección de datos, «finalidad» es la razón específica por la que se tratan los datos: el objetivo o la intención del tratamiento de los datos. Un interés, por otro lado, se refiere a una mayor implicación que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o al beneficio que el responsable del tratamiento obtenga —o que la sociedad pueda obtener— del tratamiento”.

Por otro lado, el interés legítimo se centraría en el de las terceras entidades concedentes de crédito, dirigido a cumplir con sus obligaciones de evaluación de la solvencia y también en su interés económico, derivado de un mayor conocimiento de sus clientes y la disminución del riesgo de las operaciones de crédito. Sin embargo, no se cita en ningún momento el interés legítimo propio del responsable, que sería el de obtener un beneficio económico, interés legítimo, sin duda, pero que no significa que prevalezca sobre la protección de datos de las personas, habiendo sentado nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), como doctrina de interés casacional, en la Sentencia núm. 815/2020, de 18 de junio (reiterada en las número 839/2020, 840/2020 y 853/2020, todas de 22 de junio de 2020) que “los intereses comerciales de una empresa responsable de un fichero de datos han de ceder ante el interés legítimo del titular de los datos en la protección de los mismos”.

Asimismo, llama la atención que al analizar el interés legítimo, se considere a las entidades concedentes de crédito como terceros, cuando, según se plantea en el Código, tienen una participación decisiva en el adecuado funcionamiento del fichero positivo, siendo quienes van a facilitar la información a incluir en el sistema y quienes deberán responder de la exactitud de la misma, tal y como se señala posteriormente en el artículo 17, en el que se considera un caso de corresponsabilidad del tratamiento del artículo 26 del RGPD.

Por otro lado, la invocación del interés general de la sociedad dirigido a la estabilidad del sistema financiero y relacionado con el “préstamo responsable” podría determinar la apreciación de un interés público general, en los términos que señala el citado Dictamen 6/2014:

Se trata del caso en el que el responsable del tratamiento, a veces instado por las autoridades públicas, persigue un interés que se corresponde con un interés público general o el interés de un tercero. Esto puede comprender situaciones en las que el responsable del tratamiento vaya más allá de sus obligaciones jurídicas específicas establecidas en las leyes y reglamentos para facilitar la aplicación de la legislación o para ayudar a las partes interesadas privadas en sus esfuerzos por combatir las actividades ilegales, tales como el blanqueo de dinero, la captación de menores o el intercambio ilegal de archivos en línea. En estas situaciones, no obstante, es especialmente importante garantizar que los límites del artículo 7, letra f), se respetan plenamente.

No obstante, el concepto de interés público, o el de interés general, que es más frecuentemente utilizado por nuestro texto constitucional, es un concepto jurídico indeterminado con una doble función: dar cobertura legitimadora a la actuación de la Administración y, por otra parte, constituye una de las formas de limitar las potestades administrativas. De este modo, el interés público que, como señala Parejo Alfonso, tiene una clara función directiva del desarrollo normativo (parlamentario o no) del orden constitucional, actúa como criterio delimitador de la actuación de los poderes públicos, por lo que debe, en primer término, ser identificado por el legislador, al objeto de identificar el ámbito en el que se va a desarrollar la actuación de la Administración, sometida al principio de legalidad y a la que le corresponde servir con objetividad a los intereses generales (artículo 103.CE) y, en todo caso, bajo el control de los tribunales, ya que como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1984, “No cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e

indeterminado llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlada, frente a posibles abusos y a posteriori, por este Tribunal...”.

A este respecto, para que el interés público pueda ser invocado como base jurídica legitimadora del tratamiento, el artículo 6.3 del RGPD requiere que así esté establecido en el Derecho de la Unión o en el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, y el artículo 8 de la LOPDGDD, exige, en el caso de que se trate de una norma nacional, que la misma tenga rango de ley.

Por consiguiente, el interés público requiere, en primer lugar, su concreción por parte del legislador, tomando en consideración todos los intereses afectados, al objeto de determinar las restricciones que pueden sufrir los intereses particulares como consecuencia de la presencia de dichos intereses generales.

A este respecto, en la normativa general sobre protección de datos de carácter personal, el legislador nacional no ha regulado los ficheros positivos como un supuesto de interés público (como ha hecho, por ejemplo, respecto de los tratamientos con fines de videovigilancia, los sistemas de exclusión publicitaria o los sistemas de información de denuncias internas en los artículos 22, 23 y 24 de la LOPDGDD).

Por otro lado, siendo el mercado crediticio un mercado regulado, sometido a una fuerte intervención administrativa, debe analizarse la normativa sectorial que lo regula, al objeto de apreciar los términos en que se pronuncia dicha regulación.

A este respecto, y frente a la argumentación contenida en el Código de Conducta, la normativa sectorial reguladora del crédito no ha legitimado, con carácter general, este tipo de ficheros, habiendo creado un órgano específico en el que se contienen los datos relativos al cumplimiento de determinadas obligaciones por los interesados, la Central de Información de Riesgos del Banco de España, que el artículo 59 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, configura como un servicio público, en el que las entidades declarantes a las que se refiere el artículo 60 (el Banco de España, las entidades de crédito españolas, las sucursales en España de las entidades de crédito extranjeras, las entidades de crédito que

operen en régimen de libre prestación de servicios, el fondo de garantía de depósitos, las sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento, los establecimientos financieros de crédito, los prestamistas inmobiliarios y aquellas otras entidades que determine el Ministerio de Economía y Empresa, a propuesta del Banco de España) están obligadas a proporcionar los datos e informaciones sobre los riesgos de crédito con una triple finalidad: facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad; permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas.

Por consiguiente, los tratamientos de datos personales por la CIRBE se legitiman en las letras c) (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento) y e) (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento) del artículo 6.1. del RGPD. A este respecto, hay que recordar que el artículo 6.2. prevé que los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del Reglamento con respecto al tratamiento legitimado en las dos letras mencionadas, fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, y que el artículo 6.3. añade que la base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable, los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

Precisamente, esas previsiones específicas son las que se contienen en los artículos 59 y siguientes de la Ley 44/2002, en los que se limitan las finalidades, los datos a suministrar, la necesidad de garantizar su exactitud y actualización, la necesidad de informar sobre la declaración obligatoria de datos al CIRBE, los usos y cesiones, las garantías de confidencialidad y secreto, los plazos de conservación, la supresión y bloqueo de los datos o el

ejercicio de los derechos por los afectados, de los que se excluye el derecho de oposición, entre otras.

Dichas previsiones se desarrollan por la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros cuyo Preámbulo, invocado como favorable a la existencia de estos ficheros en el Código de Conducta, señala lo siguiente:

Por ello, las entidades de crédito, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, sobre acceso al «historial crediticio del cliente», antes de conceder un crédito deben tener en cuenta que los ficheros de solvencia patrimonial y crédito facilitan información adicional a la de CIR. A fin de que esta información sea realmente útil para el análisis de la capacidad de pago de una persona, además de facilitar datos de los incumplimientos del cliente (ficheros negativos), debería contener datos de su endeudamiento (ficheros positivos).

No obstante, dicho párrafo se contenía ya en la redacción inicial de la Circular (esto es, en 2013), en un momento en que los ficheros positivos únicamente podían “tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento”, de acuerdo con el artículo 29.1. de la LOPD. Asimismo, debe valorarse que la misma se aprueba en un momento en el que el umbral para que los datos que también se declaran con la finalidad de facilitarlos a las entidades declarantes, se elevaba a 9.000 euros, actualizando en términos monetarios el umbral de 6.000 euros que se fijó en 1995. Por lo tanto, desde la perspectiva de la protección de datos personales, dicha afirmación debe valorarse en el momento actual, en el que se acaba de rebajar dicho umbral a los 1000 euros (apartados Tercero.1 y Cuarto.1 de la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, en su redacción dada por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio).

Por consiguiente, el legislador ha procedido a una regulación minuciosa de la CIRBE, al objeto de permitir un conocimiento adecuado de la situación de los afectados, lo que se garantiza, entre otras medidas relativas a la exactitud y

actualización de los datos, con el establecimiento del carácter obligatorio de la declaración de las entidades al Banco de España. Por otro lado, dicha regulación debe completarse con sus normas de desarrollo, especialmente con la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, que tras la modificación operada por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha rebajado la obligación de declarar de 9.000 a 1.000 euros de riesgo acumulado en la entidad declarante, modificación que ha sido recogida en la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, tras su modificación por la Circular 1/2021, de 28 de enero, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Por otro lado, en relación con el préstamo responsable, se trata de un concepto que fue introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible:

Artículo 29. Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros.

1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los

consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.

## 2. (Derogado)

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.

Con posterioridad, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor fue recogida en el artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo:

### Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

1. El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de

Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.

En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica.

2. Si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

Por último, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en cuya tramitación se omitió el preceptivo informe de esta Agencia, contiene una referencia explícita a los ficheros positivos, pero -y esto es importante- matizada por el hecho de que dicha posibilidad de acudir a entidades privadas de información crediticia lo será sólo “en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales”. Luego no admite ninguna consulta a entidades privadas si no es en los “términos, requisitos y garantías **previstas**” en dicha legislación de protección de datos personales, por lo que no se establecen en dichas leyes (ni en la 16/2011 ni en la ley 5/2019) los requisitos, bases, términos de dichas operaciones de tratamiento, remitiéndose a las normas de protección de datos personales para ello. Luego la posibilidad -que no obligación- que el art. 12.1, segundo párrafo, (a continuación) de que el prestamista comunique determinada información de los préstamos a entidades privadas será posible -es decir, lícita- tan sólo si se cumplen los requisitos *previstos* en el RGPD y demás normativa de protección de datos para estos tratamientos, sin admitir una suerte de existencia *autónoma* en derecho de estas entidades privadas de ficheros positivos no previstas expresamente por el RGPD o la LOPDGDD:

Artículo 12. Información relativa a la solvencia del potencial prestatario.

1. Los prestamistas e intermediarios de crédito y sus representantes designados especificarán de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y las pruebas, comprobables independientemente, que el potencial prestatario deberá facilitar, así como el marco temporal en que debe facilitar la información en cuestión. La información solicitada por el prestamista será proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia, con los límites establecidos en la normativa de protección de datos.

El prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales. En caso de que el prestamista conceda el préstamo, podrá comunicar los siguientes datos a las oficinas privadas de información crediticia: importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que estas alcanzan, así como cualquier otro que establezca la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa.

2. Los prestamistas e intermediarios de crédito y sus representantes designados deberán informar a los potenciales prestatarios de la necesidad de facilitar, en el plazo designado al efecto, la información correcta para responder a la solicitud de información contemplada en el apartado anterior, y que dicha información sea suficientemente completa y pertinente para poder llevar a cabo una evaluación adecuada de la solvencia.

3. El prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al prestatario que, cuando no sea posible llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el potencial prestatario haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el préstamo no podrá concederse.

Disposición adicional duodécima. Información en materia de contratos de crédito al consumo.

En los mismos términos que los indicados en el artículo 12 de la presente Ley y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de

protección de datos personales, los prestamistas podrán consultar el historial crediticio del cliente o deudor y, en caso de conceder el crédito o préstamo, comunicar a las entidades privadas de información crediticia los datos que correspondan, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

A nivel reglamentario, la evaluación de la solvencia se regula, con carácter general, en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ya citado, recientemente modificado por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente que, como señala en su Preámbulo, “se establecen orientaciones para las entidades en el ámbito de la evaluación de la solvencia, de manera que se asegure una estimación más prudente que asegure la suficiente capacidad de pago del cliente y evite el sobreendeudamiento”, sin incluir, como hemos visto, la consulta a ficheros positivos:

«Artículo 18. Evaluación de la solvencia en el préstamo responsable.

1. Las entidades, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

2. Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:

1.º Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en el 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 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, en la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y su normativa de desarrollo.

3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta lo regulado en las letras a) y b) anteriores.

d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante

procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

e) En el caso de créditos a los que se refiere el artículo 33 bis se valorará, en particular, si el cliente dispone de capacidad económica suficiente para satisfacer sus obligaciones a lo largo de la vida de la operación sin incurrir en sobreendeudamiento. A tal fin, el importe anual de las cuotas a pagar por el crédito al que se refiere el artículo 33 bis tendrá por objetivo amortizar una cuantía mínima anual del 25 % del límite del crédito concedido. Para la valoración de la capacidad económica prevista en esta letra se utilizarán cuotas calculadas en doce plazos mensuales iguales con arreglo al sistema de amortización de cuota constante, sin perjuicio de que contractualmente pueda pactarse cualquier otra forma de cálculo de las mismas.

Para ampliar el límite del crédito referido en el artículo 33 bis, la entidad deberá actualizar previamente la información financiera de que disponga sobre el cliente y evaluar nuevamente su solvencia con arreglo a lo previsto en este apartado.

3. En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

4. En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

5. En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.º del

apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6. La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»

Por consiguiente, para la evaluación de la solvencia del deudor, deberá atenderse a los criterios contenidos en dicha normativa, que no prevén la consulta a ficheros positivos, con la única excepción -y eso con las matizaciones ya expuestas, en cuanto al cumplimiento de los requisitos, términos y garantías *previstas* por la normativa de protección de datos personales, lo que exige, entre otros requisitos, que los tratamientos se fundamenten en una base jurídica apropiada - de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, limitado, por lo tanto, a dicho ámbito y al del crédito al consumo, configurándose tanto la comunicación de los datos como la consulta a los ficheros con carácter potestativo, y siempre de acuerdo con la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Además, al amparo de lo previsto en la Ley 5/2019, quedaría excluida de dichos ficheros la información sobre crédito al consumo concedido a personas físicas que no actúen como consumidores (lo que excluye la financiación no hipotecaria concedida a autónomos y profesionales), así como sobre toda la financiación empresarial no hipotecaria en la que una persona física actúe como garante de una sociedad mercantil, un autónomo o un profesional, por lo que habría que tenerse en cuenta que dicha información sería solo parcial, por lo que no excluye la consulta a otras fuentes de información.

Además, en todos estos supuestos, debe partirse de que las diferentes consultas que han de realizar las distintas entidades no responden a un pretendido interés legítimo de las mismas, sino que vienen impuestas directamente por las leyes citadas, de modo que el tratamiento de los datos personales por las entidades de crédito no se fundamentaría en la letra f) del artículo 6.1. del RGPD, sino en la letra c) al ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal impuesta al responsable del tratamiento, debiendo en estos casos, y a tenor de lo previsto en los apartados 2 y 3 del propio artículo, atenderse estrictamente a las condiciones, límites y garantías que haya podido

establecer el legislador para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Por consiguiente, en relación con el préstamo responsable, siendo el mercado crediticio un mercado regulado, sometido a una importante intervención administrativa, que se ha incrementado en los últimos años tras la crisis económica de 2007-2008, siendo en España el órgano regulador el Banco de España, habiéndose creado la CIRBE -desde 1962- como servicio público, en el que constan los riesgos superiores a 1000 euros, así como los ficheros negativos regulados en el artículo 20 de la LOPDGDD, cuya consulta es la que está prevista con carácter general, y previéndose, únicamente en relación con el crédito inmobiliario, los ficheros positivos de solvencia -con las precisiones ya vistas-, los tratamientos de datos personales basados en la existencia del interés público derivados de la necesidad de garantizar el préstamo responsable deberán limitarse a los previstos en la normativa citada, en la que el legislador ha tomado en consideración la importancia del enjuiciamiento de la solvencia del individuo a partir del cumplimiento e incumplimiento de sus obligaciones dinerarias en la estabilidad del sistema financiero, limitando por razones de política legislativa los datos que deben ser consultados.

En este punto hay que tener en cuenta que una mayor información podría, en opinión del código de conducta estudiado, facilitar una mejor evaluación de la solvencia del deudor y la posibilidad de ajustar a la misma las condiciones del préstamo, e incluso facilitar la financiación, pero al mismo tiempo puede suponer la exclusión de aquellas personas que, por tener una menor capacidad económica o por otros motivos, carezcan de un historial crediticio o lo tengan limitado, por ejemplo, a créditos de baja cuantía, limitando su acceso a bienes y servicios. Adviértase, como ya citamos anteriormente, lo que exponía el Grupo del 29 en su Documento sobre listas negras, “En cualquier caso, este tipo de ficheros se ha mencionado aquí ya que conviene tener en cuenta que aunque esta tipología de ficheros comunes relativos a historiales positivos no persiguen la finalidad de estigmatizar a un grupo de personas, objetivo de los ficheros de «listas negras», lo cierto es que su generalización conduciría al mismo resultado a través de una discriminación positiva (quien está en la lista es bueno, quien no está es malo o, al menos, sospechoso)”.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 2006 (Asunto C-238/05) y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 25 de septiembre

de 2007, citadas en el código de conducta, se centran en un posible supuesto de restricción de la competencia al amparo del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sin entrar a analizar las cuestiones relativas a la protección de datos de carácter personal, tal y como expresamente reconoce el TJUE, y si bien reconoce que los mismos pueden mejorar “en principio” la oferta de crédito, no les reconoce su carácter beneficioso de un modo absoluto, **sino que lo circunscribe a las circunstancias concurrentes en el mercado** y en la configuración del propio fichero:

54 Por consiguiente, según resulta del apartado 49 de la presente sentencia, la compatibilidad de un sistema de intercambio de información, como el Registro, con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas en los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y de participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados -pues estos pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o detallados, históricos o actuales-, la periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación.

55 Tal como se ha indicado en el apartado 47 de la presente sentencia, registros como el controvertido en el procedimiento principal, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, pueden, en principio, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito. En efecto, tal como indicó sustancialmente el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá necesariamente incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de incumplimiento, con la consecuencia de que estos últimos habrán de soportar entonces un coste más elevado que si las referidas entidades estuvieran en condiciones de evaluar con mayor precisión la probabilidad de devolución de los créditos. En principio, registro como el mencionado anteriormente pueden atenuar tal tendencia.

56 Por otro lado, tales registros, al disminuir la importancia de la información que las entidades financieras poseen sobre sus propios clientes, pueden incrementar, en principio, la movilidad de los consumidores de crédito. Por lo demás, tales registros son idóneos para facilitar la entrada de nuevos competidores en el mercado.

57 No obstante, el que en el caso de autos exista o no una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81 CE ( RCL 1999, 1205 ter), apartado 1, depende del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el Registro y, en particular, de las condiciones económicas del mercado, así como de las características propias de dicho Registro.

58 A este respecto, en primer lugar, procede señalar que, cuando la oferta en un mercado se encuentra fuertemente concentrada, el intercambio de determinada información puede permitir, en función sobre todo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola. En cambio, cuando la oferta se encuentra atomizada, la difusión y el intercambio de información entre competidores pueden ser neutros, o incluso positivos, para el carácter competitivo del mercado (en este sentido, véase la sentencia Thyssen Stahl/Comisión, antes citada, apartados 84 y 86). En el caso de autos, según resulta del apartado 10 de la presente sentencia, consta que el órgano jurisdiccional remitente ha planteado su petición de decisión prejudicial "en un escenario de mercado atomizado", extremo que a él corresponde verificar.

59 En segundo lugar, para que registros como el controvertido en el litigio principal no puedan desvelar la posición en el mercado ni la estrategia comercial de los competidores, es importante que no se revele la identidad de los acreedores, ni directa ni indirectamente. En el caso presente, del auto de remisión se desprende que el Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a ASNEF-EQUIFAX, y ésta aceptó, la condición de que la información relativa a los acreedores contenida en el Registro no pudiera divulgarse.

60 En tercer lugar, también es importante que tales registros no (sic) sean accesibles a todos los agentes económicos activos en el sector pertinente de un modo que, tanto de hecho como de Derecho, no resulte

discriminatorio. En efecto, en caso de no garantizarse tal accesibilidad, algunos operadores se verían desfavorecidos, puesto que dispondrían de menos información para evaluar el riesgo asumido, lo que tampoco facilitaría la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado.

61 De lo anterior se deduce que, siempre que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que el sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras no sean discriminatorias, un sistema de intercambio de información como el Registro no tendrá por efecto, en principio, una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81 CE ( RCL 1999, 1205 ter) , apartado 1.

62 En efecto, aunque en las mencionadas condiciones tales sistemas puedan reducir la incertidumbre en cuanto al riesgo de incumplimiento por parte de los solicitantes de créditos, no pueden disminuir la incertidumbre en cuanto a los riesgos en relación con la competencia. Así, cada agente económico normalmente actuará de manera independiente y autónoma a la hora de adoptar un determinado comportamiento, teniendo en cuenta los riesgos que presenten dichos solicitantes. Contrariamente a lo que alega AUSBANC, de la mera existencia de tal intercambio de información no puede inferirse automáticamente que éste conducirá a un eventual comportamiento colectivo contrario a la competencia, como, por ejemplo, el boicoteo de determinados prestatarios potenciales.

63 Por lo demás, tal y como el Abogado General ha señalado sustancialmente en el punto 56 de sus conclusiones, dado que las eventuales cuestiones relativas al aspecto sensible de los datos de carácter personal no se rigen, en cuanto tales, por el Derecho sobre la competencia, pueden ser resueltas basándose en las disposiciones pertinentes en materia de protección e tales datos. En los autos del litigio principal consta que, en virtud de las normas aplicables al Registro, los consumidores interesados tienen derecho, según la legislación española, a verificar los datos que les afectan y, en su caso, a hacer que se corrijan o incluso que se eliminen.

Y en este sentido, el Tribunal Supremo concluía que

Particularmente, resultan significativos y precisos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expuestos en la sentencia de 23 de noviembre de 2006 (TJCE 2006, 342), sobre la naturaleza y caracterización del Registro de Información de Crédito controvertido, que, aunque implica una forma de cooperación entre competidores, al facilitar el intercambio de información disponible sobre la solvencia de los peticionarios de créditos, que incide en la actividad crediticia, no tiene como finalidad esencial impedir, restringir o falsear la competencia en el contexto de un marco concreto de mercado atomizado, no oligopolístico ni excesivamente concentrado, porque no obstaculiza que los operadores del sector financiero determinen de manera autónoma e independiente sus políticas de concesión de créditos, al no permitir desvelar las estrategias comerciales, y promueve una mejora de la oferta de crédito, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, mejorando el funcionamiento del sistema económico -como ya había reconocido el Banco de España en su Informe de 1 de octubre de 1998, al estimar que no sólo beneficia a las Entidades prestatarias, sino que colabora a fomentar la solvencia general del sistema crediticio, un bien público que recibe la tutela del Estado-, beneficia a los consumidores de créditos al minorarse el coste del crédito para todos, incrementar la movilidad para obtener mejores condiciones crediticias, y contribuir a evitar situaciones de endeudamiento excesivo de los particulares y las familias.

Este fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que es plenamente aplicable a la resolución de los recursos de casación que examinamos, evidencia que la Sala de instancia interpretó inadecuadamente el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591) y el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ( RCL 1999, 1205 ter), al entender que el Registro de Información de Crédito autorizado constituía una práctica restrictiva de la competencia a la luz de la doctrina del propio Tribunal de Justicia, expuesta en su sentencia de 28 de mayo de 1997 , que debió aplicarse con las modulaciones exigibles, atendiendo a las diferencias de estructura, composición y naturaleza de los mercados relevantes afectados y al distinto objeto del intercambio de información entre competidores contemplados.

No obstante, como decíamos anteriormente, hay que tener en cuenta que dicha sentencia se dicta atendiendo, exclusivamente, a la normativa sobre defensa de la competencia, dejando a salvo la normativa de protección de datos, que, como igualmente hemos visto, ha venido exigiendo el

consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos en ficheros positivos. Y que dicha sentencia se dicta en un momento, tal y como expresamente se reconocía por el Tribunal Supremo al plantear la cuestión prejudicial y al resolver sobre el asunto, en que existía "un escenario de mercado atomizado", circunstancia que se ha visto afectada como consecuencia de la profunda crisis económica iniciada en los años 2007 y 2008. En este sentido, un reciente estudio publicado por Business Insider el 4 de diciembre de 2020, destaca cómo la banca española es la que más se ha concentrado en Europa desde 2008, habiéndose pasado en el sector bancario de 62 entidades a solo 10, y que tras las fusiones entre CaixaBank y Bankia y entre Unicaja y Liberbank, los 5 mayores bancos de España pasen a controlar el 71,5% del mercado, muy por encima de la media europea de concentración del sector, que se sitúa en el 53%. Y el Banco de España, en un estudio publicado en el año 2018 en la revista "Estabilidad Financiera" con el título "Concentración y competencia bancaria en España: el impacto de la crisis y la reestructuración", tomando como base los datos de 2016, ya alertaba sobre los efectos que sobre el nivel de competencia podía producir la concentración de mercado si bien aseguraba que el nivel en dicho momento de concentración se mantiene por debajo de los umbrales a partir de los cuales un mercado se considera excesivamente concentrado.

Por otro lado, en relación con la situación en Europa, no puede afirmarse que se trate, ni mucho menos, de una situación uniforme y, ni siquiera, que la mayoría de los países tengan el mismo criterio, hoy en día, respecto a los ficheros positivos. Así se recogía ya en la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2015 (COM (2015) 630 final) sobre el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas:

En virtud de la Directiva sobre préstamos al consumo y la Directiva sobre créditos hipotecarios, los acreedores tienen derecho a consultar las bases de datos de crédito de otros Estados miembros sin discriminación alguna para evaluar la solvencia de sus posibles clientes. Sin embargo, las empresas siguen teniendo problemas cuando intentan utilizar estos datos, ya que las técnicas utilizadas para su recopilación, distribución y uso todavía son muy distintas en la UE, y existen distintos criterios respecto a los datos que son pertinentes para las evaluaciones de solvencia. Algunos registros de crédito, por ejemplo, únicamente utilizan informes negativos, mientras que otras bases de datos también contienen datos positivos. Esto implica que el acceso y el uso de estos datos pueden resultar complejos y que muchas empresas pueden tener

dificultades para prestar servicios transfronterizos de forma rentable. La Asociación de Proveedores de Información sobre Créditos al Consumo (ACCIS) 72 ha introducido acuerdos privados para intercambiar datos sobre créditos transfronterizos, pero actualmente solo conectan los registros de créditos de un número reducido de Estados miembros. Al mismo tiempo, los registros privados de créditos a menudo recopilan más datos de los necesarios para evaluar la solvencia, o datos de dudosa pertinencia para dichos fines.

A medida que el sector de los servicios financieros se digitaliza, las compañías de seguros y otras empresas de servicios financieros utilizan las modernas tecnologías de la información y el análisis de macrodatos para ofrecer productos de seguros cada vez más adaptados al cliente, con precios personalizados basados en el riesgo, que utilizan métodos de seguimiento intensivo de la información, como dispositivos telemáticos. El incremento del uso de los datos ofrece grandes oportunidades para reducir los precios para muchos clientes, pero estas prácticas también plantean objeciones en cuanto a la privacidad y la protección de los datos, que deben tenerse en cuenta.

Los consumidores también desean beneficiarse de la mayor disponibilidad de los datos cuando alegan un historial positivo de reclamaciones o una calificación favorable de «bonus/malus». Actualmente, la Directiva sobre seguros de automóvil establece que los titulares de pólizas tienen derecho a solicitar a la compañía de seguros en cualquier momento una declaración de sus solicitudes de indemnización de los últimos cinco años, pero en la práctica, esto no se traduce en una reducción de la prima al contratar un nuevo seguro. Entre las razones por las que existen distintos métodos para calcular los descuentos se encuentran los diferentes períodos que abarcan dichas declaraciones, la falta de confianza en las declaraciones no armonizadas que entregan las compañías de seguros y las diferencias en los factores de riesgo que tienen en cuenta al calcular las primas.

Y la Comunicación de la Comisión de 23 de marzo de 2017 (COM (2017) 139 final) sobre el Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada señala lo siguiente:

### **3.2. Facilitar el crédito transfronterizo**

Un requisito clave para la concesión de créditos al consumo con arreglo al Derecho de la Unión es la evaluación de la solvencia, que protege tanto al prestamista como al prestatario. Esa evaluación es también una medida preventiva eficaz frente al sobreendeudamiento. Sin embargo, los proveedores de crédito tienen dificultades a la hora de evaluar la solvencia de los prestatarios procedentes de otros Estados miembros, debido a la escasa disponibilidad y comparabilidad de datos pertinentes de otros países.

La información recibida de las autoridades nacionales de protección de los consumidores y a través de quejas ha puesto de relieve que estas evaluaciones en el ámbito del crédito al consumo se efectúan de formas muy diferentes en los distintos Estados miembros. La normalización y armonización de la evaluación de la solvencia facilitaría la actividad de préstamo transfronteriza, lo que podría redundar en precios más bajos y una oferta más variada a disposición de los consumidores. Además, evitaría que los consumidores vulnerables cayeran en la «trampa del endeudamiento» y garantizaría que aquellos que adquirieran créditos en otros Estados miembros estuvieran tan protegidos como si los adquirieran en su propio país.

Al evaluar una solicitud de crédito, los prestamistas suelen basarse en diferentes fuentes de datos internas y externas, entre ellas los datos de los registros de crédito. Los proveedores de crédito que respondieron al Libro Verde insistieron en que no pueden ofrecer servicios transfronterizos, ya que no tienen acceso a los datos pertinentes de otros Estados miembros. Esto dificulta más la evaluación de la solvencia de los prestatarios. La normalización de los datos crediticios podría facilitar la prestación de servicios de crédito en línea a escala paneuropea. La evolución en el ámbito de la tecnología financiera y los macrodatos ha llevado al uso de nuevos elementos y fuentes de datos que han de evaluarse atentamente desde la óptica del cumplimiento de la legislación de la UE sobre protección de los datos personales, así como de su pertinencia para determinar la calificación de un prestatario o la forma de fijar los precios de los servicios financieros.

Disponer de sistemas de información crediticia eficaces puede suponer que los proveedores de crédito tengan acceso a información que complemente los datos recibidos de los propios prestatarios, de modo que puedan adoptarse decisiones en materia de crédito sólidamente fundadas (especialmente si estas se basan en evaluaciones de la solvencia normalizadas, como se ha señalado más arriba), lo que se traduciría en mayor disponibilidad de crédito para los prestatarios solventes. Tanto la Directiva sobre crédito hipotecario como la Directiva sobre crédito al consumo ya otorgan a los acreedores igualdad de

acceso a los registros de crédito de otros Estados miembros. Sin embargo, la información facilitada varía: en algunos Estados miembros, los registros de crédito solo informan sobre los pagos no efectuados (esto es, se da información negativa); en otros, se informa también del cumplimiento regular de los pagos (esto es, se da información positiva). Por otra parte, los datos crediticios se suelen compartir solo si hay reciprocidad. En consecuencia, los registros de crédito no son interoperables, la pertinencia de los datos disponibles para la evaluación de la solvencia no está clara, y la información no se utiliza en general de forma transfronteriza.

Están ya actualmente en curso trabajos dirigidos a solucionar estos extremos. Bajo el impulso del mercado, existen acuerdos recíprocos de intercambio de información entre los registros de crédito nacionales de diferentes Estados miembros en los que las prácticas de información nacionales habituales son similares. No obstante, esto está lejos de colmar las lagunas existentes. Se estima que el trabajo del Banco Central Europeo sobre AnaCredit, una nueva serie de datos que contiene información detallada sobre los préstamos bancarios individuales en la zona del euro dará lugar a una mayor normalización de los datos relativos a los préstamos. En el contexto del Plan de Acción para la UMC, la Comisión estudia cómo lograr que los prestamistas e inversores (alternativos) tengan a disposición más información financiera y crediticia sobre las pequeñas y medianas empresas. Esto les permitiría conocer mejor el perfil de riesgo de las pymes que buscan financiación, y adoptar decisiones fundadas.

### **Acción 9**

**La Comisión procurará establecer principios y normas comunes sobre la evaluación de la solvencia a efectos de los préstamos a los consumidores y trabajará para establecer una serie de datos mínimos que deban intercambiarse los registros de crédito cuando dichas evaluaciones tengan alcance transfronterizo.**

Por otro lado, teniendo en cuenta que el límite para declarar obligatoriamente a la CIRBE se ha reducido a 1000 euros, lo que da lugar a que en la misma se recojan la mayoría de los créditos al consumo y tarjetas de crédito que antes quedaban excluidos si no alcanzaban el importe de 9000 euros, la información complementaria que podría aportar un nuevo fichero sería prácticamente residual, limitada a los créditos inferiores a 1000 euros o los otorgados por entidades no financieras no incluidas entre las obligadas a declarar en la CIRBE, y que voluntariamente se adhirieron al sistema, lo que

requeriría analizar si el establecimiento de sistemas resulta idóneo y necesario para la consecución de la finalidad perseguida.

Por consiguiente, para la evaluación de la solvencia de los prestatarios existen en España dos instrumentos regulados legalmente, los ficheros negativos y la CIRBE. Por ello, no se produce la situación que se planteaba el Abogado General y a la que hace referencia el apartado 55 de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 2006 anteriormente transcrita, referida a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, puesto que dicha información ya la proporcionan la CIRBE y los ficheros negativos. Por lo tanto, los ficheros positivos privados únicamente servirían, en su caso, para facilitar información adicional mediante una mayor injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos, lo que requiere analizar la proporcionalidad de la misma, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6).”

Y, en el presente caso, a juicio de esta Agencia, no concurre ni el requisito de la necesidad, en cuanto que existen otras medidas más moderadas para la consecución de la finalidad perseguida con igual eficacia, como son la CIRBE y los ficheros negativos, ni el de proporcionalidad en sentido estricto, ya que la información adicional que facilitarían los ficheros positivos sería residual,

respecto a la facilitada por los anteriores, mientras que supondría una injerencia mucho mayor en los derechos e intereses de los afectados.

Este aspecto de la necesidad es especialmente destacado en el Dictamen 6/2014 del Grupo del 29:

Finalmente, el tratamiento de datos personales debe ser también «necesario para la satisfacción del interés legítimo» perseguido por el responsable del tratamiento o, en el caso de revelación de los datos, por la tercera parte. Esta condición complementa el requisito de necesidad en virtud del artículo 6 y exige una relación entre el tratamiento y el interés perseguido. Este requisito de «necesidad» se aplica a todas las situaciones mencionadas en el artículo 7, letras b) a f), pero es especialmente pertinente en el caso de la letra f) con el fin de garantizar que el tratamiento de los datos basado en el interés legítimo no dé lugar a una interpretación indebidamente amplia de la necesidad de tratar los datos. Como en otros casos, esto significa que deberá considerarse si se dispone de otros medios menos invasivos para servir al mismo fin.

Además, según destaca la doctrina científica, la prevención del sobreendeudamiento privado no puede descansar exclusivamente sobre un sistema de información crediticia, sino que también son necesarios cambios en la regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial cliente y en las consecuencias de su incumplimiento en el terreno contractual.

Asimismo, como ya se adelantaba, puede producir el efecto de excluir a determinadas personas del mercado crediticio, con las implicaciones que conlleva a nivel económico y social, por lo que deben valorarse adecuadamente dichas implicaciones y compaginarse con la regulación de la “segunda oportunidad”, algo en lo que también incide dicha doctrina.

Partiendo de lo anterior, la valoración de todas las circunstancias señaladas (las disparidades de criterios entre Estados miembros, la evolución en el mercado a partir de la crisis de 2007, la evolución legislativa que ha incrementado el ámbito de la CIRBE al tiempo que reconoce los ficheros positivos solo en ámbitos concretos pero en todo caso sometidos a los requisitos términos y garantías previstos en la legislación de protección de

datos, previendo asimismo otras fuentes a efectos de cumplir con la obligación legal de evaluar la solvencia) y de la incidencia que puedan tener los ficheros positivos en la estabilidad del sistema financiero y en la economía nacional excede, claramente, de las competencias de esta Agencia.

No obstante, para en su caso poder apreciar que, efectivamente, y tal y como se postula en el código de conducta, existe un interés público que contribuya a reforzar la ponderación del interés legítimo, esta Agencia considera **imprescindible** que el legislador, europeo o nacional, así lo reconozca con carácter general, procediendo a una regulación detallada de los mismos (como ocurre en otros países, pudiendo citar, por paradigmática, la Fair Credit Reporting Act de 26 de octubre de 1970, que regula en EEUU la actividad de los bureau de crédito, que tratan tanto datos positivos como negativos, y en la que se determinan los datos que pueden recopilar, quiénes pueden acceder a los mismos y las garantías necesarias para salvaguardar la privacidad de los ciudadanos, o, en el propio caso español, el artículo 20 de la LOPDGDD respecto a los ficheros negativos).

Por último, hay que tener en cuenta que estos ficheros positivos, cuya finalidad está dirigida a la evaluación de la solvencia del deudor no sirven, en sí mismos y directamente, para la prevención del fraude, no siendo aplicable la previsión del Considerando 47 del RGPD, como lo pone de manifiesto que el propio código no haga referencia a ello entre los intereses legítimos perseguidos ni se tenga en cuenta en la ponderación, aunque posteriormente pretenda incluir esta finalidad en el “Modelo de cláusula de información para el tratamiento de datos relativos al cumplimiento de obligaciones (datos positivos) en sistemas de información crediticia” que contiene en su Anexo IV A).

## **2.2. Intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados.**

En cuanto a los intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados, y a diferencia de la extensa justificación que se contiene respecto del interés legítimo del responsable o de los terceros, el código contiene un somero análisis en el que ni siquiera se valora, a diferencia de los ficheros negativos, la posibilidad de que los datos sean erróneos o no estén actualizados, limitándose a señalar lo siguiente:

Los intereses o derechos y libertades fundamentales de los interesados son además de los generales que requieren la protección de datos personales, el acceso al crédito justo y equitativo, de gran importancia en nuestros días y que facilita el acceso a bienes esenciales como la vivienda y a todo tipo de bienes y servicio de consumo y la ausencia de discriminación en el acceso al crédito.

Pero la intimidad personal y familiar no es un derecho fundamental particularmente afectado por el tratamiento de datos de solvencia “positivos”, ya que estos datos no se refieren al nivel de gasto del individuo, ni al tipo de gastos de consumo que realiza el interesado, ni a cuestiones como su renta o patrimonio, sino única y exclusivamente a su nivel de endeudamiento y a como se ha comportado en relación con los créditos anteriormente obtenidos, lo que es sumamente relevante para quienes accedan a dicha información, que deberían ser exclusivamente los concedentes de crédito.

En este punto, esta Agencia considera que el código procede a una interpretación muy restrictiva de los intereses, derechos y libertades de los interesados, en contra de lo indicado en el Dictamen 6/2014, que postula una interpretación en sentido amplio, debiendo tenerse en cuenta todos los intereses pertinentes del interesado:

Esta interpretación del texto tiene sentido no solo gramaticalmente, sino también teniendo en consideración la interpretación en sentido amplio del concepto de «interés legítimo» del responsable del tratamiento. Si el responsable del tratamiento —o el tercero en el caso de revelación— puede perseguir cualquier interés, siempre que no sea ilegítimo, entonces el interesado deberá también tener derecho a que se tengan en cuenta todas las categorías de intereses que le afecten y a que se ponderen en relación con los intereses del responsable del tratamiento, en tanto en cuanto estén comprendidos en el ámbito de la Directiva.

En un momento de creciente desequilibrio en el «poder de la información», cuando tanto los gobiernos como las organizaciones empresariales manejan cantidades de datos personales sin precedentes hasta ahora, y se encuentran cada vez más en una posición de compilar perfiles detallados que puedan predecir el comportamiento (reforzando el desequilibrio informativo y reduciendo la autonomía), resulta especialmente importante garantizar que se protege el derecho de las personas a preservar su privacidad y su autonomía.

Asimismo, el citado Dictamen indica que deberá atenderse no solo a las consecuencias positivas, sino también a las negativas, reales o potenciales, respecto de las cuales ninguna referencia se hace en el código:

Al evaluar el impacto del tratamiento, deberán tenerse en consideración las consecuencias tanto positivas como negativas. Estas podrán comprender futuras acciones o decisiones potenciales llevadas a cabo o tomadas por terceros, y situaciones en las que el tratamiento pueda dar lugar a la exclusión de personas o a su discriminación, difamación, o más en general, a situaciones en la que haya riesgo de daño a la reputación, al poder de negociación o a la autonomía del interesado.

Además de los resultados adversos que puedan preverse de manera específica, también deben tenerse en consideración las repercusiones emocionales más generales, como el enfado, el miedo y la angustia que puedan derivarse de la pérdida de control sobre la información personal por parte del interesado o del conocimiento de que dicha información personal ha sido o pueda ser mal utilizada o se vea comprometida, por ejemplo, mediante su exposición en Internet. El efecto amedrentador sobre el comportamiento protegido, como la libertad de investigación o la libertad de expresión, que pueda resultar de una supervisión o un seguimiento continuo también deberá tenerse en cuenta.

El Grupo de trabajo pone de manifiesto que es crucial entender que «impacto» pertinente es un concepto mucho más amplio que daño o perjuicio a uno o más interesados en concreto. El término «impacto» tal como se utiliza en este Dictamen cubre cualquier posible consecuencia (potencial o real) del tratamiento de datos. En aras de la claridad, también subrayamos que el concepto no está relacionado con la noción de violación de los datos personales y es mucho más amplio que las repercusiones que puedan derivarse de dicha violación. Por el contrario, la noción de impacto, tal como se utiliza aquí, engloba las diversas maneras en las que un individuo pueda verse afectado, positiva o negativamente, por el tratamiento de sus datos personales.

También es importante entender que, por lo general, una serie de situaciones relacionadas y no relacionadas pueden dar lugar acumulativamente a un impacto último negativo sobre el interesado y puede ser difícil identificar qué actividad de tratamiento por parte de qué responsable del tratamiento desempeñó un papel clave en el impacto negativo.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta la diferencia de régimen jurídico entre las previsiones de la LOPD y del RGPD respecto del tratamiento del interés legítimo en relación con los afectados, tal y como se señala en el Informe 136/2018:

El art. 6.1 letra f) del RGPD establece que el tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones, y entre ellas cita el interés legítimo, sobre cuya aplicación al caso presente versa la consulta. Al respecto hay que decir que el régimen del interés legítimo como causa de legitimación del tratamiento de datos personales se regula de manera diferente en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y en el RGPD. En la LOPD la base esencial de legitimación del tratamiento era el consentimiento inequívoco del afectado (art. 6.1). No era sin embargo preciso dicho consentimiento cuando (entre otras circunstancias) los datos figuraban en “fuentes accesibles al público” y su tratamiento era necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que “no se vulneren” los derechos y libertades fundamentales del interesado. En el RGPD, para la existencia del interés legítimo como base jurídica del tratamiento, no se requiere (i) que los datos figuren en fuentes accesibles al público, (ii) ni tampoco se establece para la legitimidad de dicha causa el que “no se vulneren” los derechos y libertades fundamentales del interesado, sino que se habrá de realizar una ponderación para determinar la prevalencia entre el interés legítimo alegado y los “intereses, o los derechos y libertades fundamentales” del interesado que requieran la protección de datos personales (art. 6.1 f) RGPD).

Ello pone de manifiesto el canon que habrá de seguirse en la determinación de dicha prevalencia. En primer lugar, el régimen de protección del interesado en el RGPD frente al responsable del tratamiento que pretende utilizar sus datos personales en base a un interés legítimo es más intenso en el RGPD que en la LOPD, puesto que si en esta última, para permitir el interés legítimo bastaba con que no se “vulnerasen” sus derechos o libertades, en el régimen del RGPD basta con que sus intereses, derechos o libertades prevalezcan sobre dicho interés legítimo. Adviértase que se añade la palabra intereses, frente a la vulneración de los derechos o libertades necesarios anteriormente en la LOPD. Y que no es necesaria ninguna vulneración, sino que un que basta con que sus intereses, derechos o libertades se vean afectados, siquiera sea levemente, siempre que dicho interés prevalezca sobre el interés legítimo alegado.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, al analizar los límites del derecho a la intimidad, ha admitido que los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, aunque pueden ceder frente a otros derechos o bienes jurídicos protegidos, singularmente en relación con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (STC 110/1984 de 26 de noviembre, STC de 23 de junio de 1986, STC 76/1990 de 26 de abril). Por ello, no se comparte el criterio de que no se afecta, particularmente, a la intimidad personal y familiar, en la medida en que la información relativa al cumplimiento de las obligaciones y al nivel de endeudamiento afecta a la esfera privada de los mismos, aunque no se reflejen en el registro el tipo de gastos, debiendo tenerse en cuenta, además, que el artículo 1 del Anexo II contempla que los datos relativos al cumplimiento (positivos) y al incumplimiento (negativos) podrán tratarse conjuntamente en el mismo sistema de información crediticia y que, según su artículo 4, podrán elaborarse y facilitarse perfiles sobre solvencia patrimonial y crédito de los interesados y que como señalaba el Grupo del 29 en el citado Dictamen 6/2014, “Es probable que dicha actividad de elaboración de perfiles represente una intrusión importante en la privacidad del cliente y, cuando esto suceda, los intereses y derechos del interesado prevalecerán sobre el interés del responsable del tratamiento”, criterio que es reiterado en las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679:

6. Artículo 6, apartado 1, letra f) - Necesario para los intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero

La elaboración de perfiles se permite si es necesaria para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero. No obstante, el artículo 6, apartado 1, letra f), no se aplica automáticamente solo porque el responsable del tratamiento o el tercero tenga un interés legítimo. El responsable del tratamiento debe realizar una ponderación para evaluar si sobre sus intereses prevalecen los intereses y los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Los siguientes aspectos son especialmente pertinentes:

- el nivel de detalle del perfil (un interesado cuyo perfil corresponde a un grupo ampliamente descrito como «gente interesada en la literatura inglesa», o segmentado y abordado a un nivel muy específico);
- la exhaustividad del perfil (si el perfil describe únicamente un pequeño aspecto del interesado, o presenta una visión más exhaustiva);

- las consecuencias de la elaboración del perfil (los efectos sobre el interesado); y
- la garantías destinadas a garantizar la lealtad, la no discriminación y la precisión del proceso de elaboración de perfiles.

Aunque el Dictamen sobre intereses legítimos del GT2920 se basa en el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos (la Directiva), este incluye ejemplos que siguen siendo útiles y pertinentes para los responsables del tratamiento que llevan a cabo la elaboración de perfiles. Asimismo, sugiere que resultaría difícil para los responsables del tratamiento justificar la utilización de intereses legítimos como base jurídica para prácticas intrusivas de elaboración de perfiles y seguimiento con fines de mercadotecnia o publicidad, por ejemplo aquellas que suponen el seguimiento de personas en distintos sitios web, ubicaciones, dispositivos, servicios o mediación de datos.

Asimismo, el responsable del tratamiento debe tener en cuenta la futura utilización o combinación de perfiles a la hora de evaluar la validez del tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra f).

El mayor riesgo que supone la realización de dichos perfiles es, igualmente, destacado por el artículo 28.2. de la LOPDGDD, que incluye entre los supuestos que pueden producir un mayor riesgo:

d) Cuando el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos.

Asimismo, hay que valorar que, respecto de determinados afectados, esa incidencia será aún mayor ya que puede suponer la exclusión de aquellas personas con una menor capacidad económica o que no acuden generalmente al crédito, limitando su acceso a bienes y servicios. Además, como recordaba el Grupo del 29 en su Documento sobre listas negras, “En cualquier caso, este tipo de ficheros se ha mencionado aquí ya que conviene tener en cuenta que aunque esta tipología de ficheros comunes relativos a historiales positivos no persiguen la finalidad de estigmatizar a un grupo de personas, objetivo de los ficheros de «listas negras», lo cierto es que su generalización conduciría al

mismo resultado a través de una discriminación positiva (quien está en la lista es bueno, quien no está es malo o, al menos, sospechoso)”.

Tampoco se comparte que los riesgos de estos ficheros positivos para los intereses, derechos o libertades de los afectados no sean significativamente mayores que los que solo contienen información negativa, por varias razones.

En primer lugar, porque compartir una mayor información puede dar lugar a reticencias por parte de las entidades financieras de mayor tamaño, reacias a compartir información sobre sus clientes con otros competidores, de modo que no se dispondría de la información de aquellas entidades financieras que decidieran voluntariamente no comunicar sus operaciones. De este modo, un sistema basado en la voluntariedad y en la reciprocidad requeriría, para su eficacia, que participen en él el mayor número de prestamistas, puesto que en otro caso, no cumpliría con su finalidad de permitir evaluar la solvencia, ni los datos que figuraran en el mismo podrían considerarse exactos ni actualizados, pudiendo dar lugar a la elaboración de perfiles erróneos o sesgados de las personas.

Precisamente, un punto en el que coincide la doctrina científica que ha estudiado los ficheros positivos es que las grandes entidades, en un sistema concentrado, serían reacias a compartir voluntariamente sus datos para evitar la pérdida de clientes y porque los rendimientos que obtendrían por el aumento de competencia y captación de nuevos clientes son inferiores a las rentas que perciben por el uso exclusivo de la información de su base de datos.

En segundo lugar, se incrementaría enormemente el número de ciudadanos que se incluirían en dichos ficheros, ya que no solo se referiría a los que han incumplido sus obligaciones, sino a todos los que han obtenido un crédito. Asimismo, se incrementa la información que figura en los ficheros relativa a una misma persona. Estos ficheros recogen el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, número de préstamos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. De este modo, si bien no recogen el concepto del gasto realizado con los fondos obtenidos a través del préstamo, informándose únicamente del nivel de endeudamiento, son muy variados los datos que se suelen incluir en estos ficheros: saldos de cuenta, saldos de crédito, número de consultas, las ratios de deuda, los pagos a tiempo, límites de crédito, tipo de cuenta, tipo de préstamo, institución de crédito, tasas de interés y los datos de los registros públicos, informes detallados sobre los activos y pasivos, garantías y avales, vencimiento de la deuda estructurada, el

calendario de amortización, los registros de empleo, etc., hasta el punto que, como señalaba la Comisión Europea, en ocasiones se recogen datos excesivos en relación con la finalidad perseguida. Y a diferencia de los ficheros negativos, se comparte información de todos los deudores, con independencia de que hayan incumplido o no sus obligaciones.

De este modo, cuantos más datos se compartan, mayor será la incidencia en los intereses, derechos y libertades de los interesados derivada de la mera existencia del tratamiento, y también mayores serán los riesgos para la privacidad que puedan derivar del mal uso de dichos datos o de la existencia de una brecha de seguridad. A este respecto, hay que tener en cuenta que dichos ficheros comparten una mayor información que los ficheros negativos, ya que los mismos pretenderían reflejar la totalidad del historial crediticio del deudor, ofreciendo mayor información sobre su solvencia económica, por lo que debe considerarse de alto riesgo, en la medida que es mucho mayor el riesgo para los interesados de lo que sería un tratamiento de ficheros negativos, siendo la información contenida en los mismos de mayor interés para hackers y otros delincuentes.

Por otro lado, también deberían haberse valorado otras circunstancias, a las que no se hace referencia en el código ni se justifican de manera alguna, como sería el número posible de ficheros existentes o el carácter transversal o sectorial de los mismos, al objeto de valorar adecuadamente los posibles impactos en los intereses, derechos y libertades de los afectados.

### **2.3. Resultado de la ponderación.**

En cuanto al resultado de la ponderación, el código considera que debe resolverse a favor de los intereses de los responsables del tratamiento y de los terceros concedentes de crédito, partiendo de unos postulados que, como se ha analizado detenidamente en los apartados anteriores, no se comparten por esta Agencia, ya que la apreciación de la existencia de un “interés general nacional” requiere que el legislador se pronuncie, expresamente, en ese sentido, y mientras no lo haga, debe considerarse como principal interés legítimo perseguido con el tratamiento de datos personales el beneficio comercial, tanto para los responsables del tratamiento, como para los terceros, ya que la evaluación de la solvencia es una obligación legal que podrán cumplir a través de los diferentes supuestos que contempla la normativa, sin que sea

necesario consultar los ficheros, por lo que dicha consulta lo que permitiría es un mayor conocimiento de sus clientes, que reduciría los riesgos asumidos y beneficiaría a su cuenta de resultados, al disminuir los créditos fallidos y las dotaciones correspondientes.

Por otro lado, la afección a los intereses, derechos y libertades de los afectados puede ser muy intensa, sin que pueda aceptarse la existencia de una expectativa razonable por el mero hecho de existir la CIRBE, ya que la realidad es, que a día de hoy, los únicos ficheros positivos privados que existen solo tratan datos de aquellos que lo han consentido, sin que se encuentren generalizados, ni mucho menos, los mismos, tal y como pone de manifiesto las continuas reivindicaciones del sector y de parte de la doctrina al respecto. Por otra parte, en el CIRBE existe un límite inferior establecido normativamente al importe de los créditos que pueden reflejarse en el mismo (en estos momentos 1.000 euros), circunstancia esta inexistente, precisamente por falta de regulación alguna, en los ficheros positivos privados, por lo que la incidencia de estos en los intereses, derechos y libertades de los interesados es potencialmente mucho mayor que la proveniente del CIRBE.

Tampoco se ha tenido en cuenta la distinta situación en la que se encuentran las entidades que facilitan la información al fichero y los afectados, a la que también hace referencia el Dictamen 6/2014:

Una empresa multinacional puede, por ejemplo, tener más recursos y poder de negociación que el interesado individual y, por tanto, puede encontrarse en una mejor posición para imponer al interesado lo que cree que corresponde a su «interés legítimo». Esto puede producirse con más razón si la empresa tiene una posición dominante en el mercado. Si estas situaciones no se corrigen, irán en perjuicio de los interesados individuales. Así como la legislación sobre competencia y protección de los consumidores ayuda a garantizar que no se utilice indebidamente este poder, la legislación sobre protección de datos también podría desempeñar un importante papel para asegurar que los derechos y los intereses de los afectados no se vean indebidamente perjudicados.

Y sin que tampoco exista, tal y como se ha detallado, un criterio homogéneo al respecto en los países de nuestro entorno. Esta falta de criterio homogéneo se recoge en el propio código de conducta, ya que en los ejemplos que cita se puede apreciar que en cada país se hace de una manera. Así,

atendiendo a lo manifestado en el mismo, la mayoría de los países cuentan con normas legales, ya sea en la normativa de protección de datos personales o en leyes específicas, que regulan las agencias de información crediticia, estableciendo especialidades respecto a los tipos de datos que pueden tratar (que en los supuestos de Suecia y Noruega se limitarían a los datos de fuentes públicas y de bases de datos del gobierno) e, incluso, estableciendo la obligación de las entidades de crédito de participar en sistemas de información crediticia (supuesto de los Países Bajos).

#### **2.4. Medidas a adoptar para minimizar el riesgo para los intereses o derechos y libertades fundamentales de los interesados.**

Cuando la base jurídica de legitimación del tratamiento de datos personales se pretende fundar en el interés legítimo, las garantías específicas a adoptar adquieren una especial relevancia al objeto de poder apreciar la prevalencia del mismo respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, tal y como recuerda el Dictamen 6/2014:

El interés legítimo del responsable del tratamiento, cuando es menor y no muy apremiante, en general, solo anula los intereses y los derechos de los interesados en casos en los que el impacto sobre estos derechos e intereses sea incluso más trivial. Por otro lado, un interés legítimo importante y apremiante puede, en algunos casos y sujeto a garantías y medidas, justificar incluso una intrusión significativa en la privacidad o cualquier otra repercusión importante en los intereses o derechos de los interesados.

Aquí es importante destacar el papel especial que las garantías pueden desempeñar para reducir un impacto indebido sobre los interesados y, por tanto, para cambiar el equilibrio de derechos e intereses hasta el punto de que prevalezca el interés legítimo del responsable del tratamiento de datos. Por supuesto, el uso de garantías exclusivamente no es suficiente para justificar cualquier tipo de tratamiento en cualquier contexto. Además, las garantías en cuestión deben ser adecuadas y suficientes, y deben, incuestionable y significativamente, reducir la repercusión para los interesados.

No obstante, tal y como se señalará posteriormente, se trata de garantías que no pueden valorarse en abstracto, ya que las medidas a adoptar deberán ajustarse a un riguroso análisis de los riesgos que el tratamiento

implica para los derechos y libertades de los afectados, a través de los instrumentos previstos en el RGPD. Además, las garantías a adoptar en virtud del principio de responsabilidad proactiva no excluyen del cumplimiento del resto de principios contenidos en el artículo 5 del RGPD.

En el presente caso, al no haberse valorado adecuadamente la incidencia que tiene el tratamiento en los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, tampoco se han podido identificar con precisión las garantías adecuadas tendentes a minimizar la misma. En este punto, si bien como señala el Dictamen 6/2014 la evaluación de impacto no se refiere ni al “análisis de riesgos” ni a la Evaluación de impacto relativa a la protección de datos” en el sentido del RGPD “deberá tenerse en cuenta que, de un modo u otro, el análisis de impacto en virtud del artículo 7, letra f), puede ser una parte importante de cualquier «evaluación de riesgos» o «evaluación de impacto relativa a la protección de datos» y puede también ayudar a detectar situaciones en las que se deba consultar a la autoridad de protección de datos”, e incluso la misma podrá ser conveniente para realizar la ponderación:

Al evaluar el impacto, la terminología y la metodología de la evaluación de riesgos tradicional pueden ser útiles en cierta medida y, por tanto, algunos elementos de esta metodología se destacan a continuación. No obstante, una metodología global de la evaluación del impacto, en el contexto del artículo 7, letra f), o más en general, excedería el ámbito del presente Dictamen.

En la evaluación del impacto en un sentido más amplio se puede considerar el hecho de si los datos se han revelado al público o se han puesto de otra manera a disposición de un gran número de personas, o si una gran cantidad de datos personales se tratan o combinan con otros datos (por ejemplo, en el caso de la elaboración de perfiles, con fines mercantiles, con fines de cumplimiento de la ley u otros).

Además de dar lugar, potencialmente, al tratamiento de datos más sensibles, dicho análisis puede llevar también a predicciones extrañas, inesperadas y a veces inexactas, por ejemplo, relativas al comportamiento o la personalidad de las personas afectadas. Dependiendo de la naturaleza y del impacto de dichas predicciones, esto puede resultar altamente intrusivo en la intimidad de la persona.

En general, cuanto más negativo e incierto pueda ser el impacto del tratamiento, más improbable es que el tratamiento se considere, en conjunto, legítimo. La disponibilidad de métodos alternativos para conseguir los objetivos perseguidos por el responsable del tratamiento, con menos impacto negativo sobre el interesado, debería ser, sin duda, una consideración pertinente en este contexto. Cuando proceda, las evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad pueden utilizarse para determinar si existe esta posibilidad.

Por otro lado, el principio de responsabilidad proactiva en el que se basa toda la normativa actual de protección de datos hubiera exigido una adecuada documentación de todas las actuaciones anteriores, a la que ya hacía referencia, incluso con anterioridad a su exigencia generalizada y en relación con el interés legítimo, el Dictamen 6/2014:

En primer lugar, antes de que tenga lugar una operación de tratamiento basada en el artículo 7, letra f), el responsable del tratamiento tiene la responsabilidad de evaluar si tiene un interés legítimo, si el tratamiento es necesario para dicho interés legítimo y si dicho interés prevalece sobre los intereses y los derechos de los afectados en ese caso específico.

En este sentido, el artículo 7, letra f), se basa en el principio de responsabilidad. El responsable del tratamiento debe llevar a cabo un examen cuidadoso y eficaz de antemano, basado en los hechos específicos del caso y no de manera abstracta, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados. Como cuestión de buena práctica, cuando así proceda, la realización de este examen deberá documentarse de manera suficientemente detallada y transparente, para que la aplicación correcta y completa del examen pueda ser verificada, cuando sea necesario, por las partes interesadas pertinentes, incluidos los interesados y las autoridades de protección de datos y, en última instancia, por los tribunales.

El responsable del tratamiento definirá, en primer lugar, el interés legítimo y efectuará la prueba de sopesamiento, pero esta no será necesariamente la evaluación final y definitiva: **si el interés considerado no es, en realidad, el especificado por el responsable del tratamiento** o si este no definió el interés con suficiente detalle, el equilibrio deberá volver a ponderarse, **basándose en el interés real, que será determinado bien por la autoridad de protección de datos bien por un tribunal.** Al igual que en otros aspectos clave de la protección de datos, como la identificación del responsable del

tratamiento de datos o la especificación de la finalidad, lo que importa es la realidad que haya detrás de cada afirmación hecha por el responsable del tratamiento.

En relación con el principio de responsabilidad proactiva, esta Agencia viene destacando que, como indica la Exposición de motivos de la Ley 3/2018 “la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan”.

Así, el artículo 24.1 del Reglamento General de Protección de Datos dispone que “Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario”.

Esta previsión se completa con lo señalado en el considerando 75 del Reglamento, según el cual “Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en

el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados”.

Cuando, en virtud de dicho análisis de riesgos, “sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales”, en los términos previstos en el artículo 35 del RGPD.

En los supuestos en que la Evaluación de Impacto relativa a la Protección de Datos muestre que el tratamiento sigue teniendo un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados aún tras aplicar las garantías, medidas de seguridad y mecanismos de protección razonables en cuanto a técnica disponible y costes de aplicación, el responsable del tratamiento deberá formular la consulta previa a la que se refiere el artículo 36 del RGPD.

En este contexto normativo se inscribe el artículo 28 de la LOPDGDD, cuando -bajo el título “Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento”, prevé que:

“1. Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento.

2. Para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en

particular, los mayores riesgos que podrían producirse en los siguientes supuestos:

a) Cuando el tratamiento pudiera generar situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados.

b) Cuando el tratamiento pudiese privar a los afectados de sus derechos y libertades o pudiera impedirles el ejercicio del control sobre sus datos personales.

c) Cuando se produjese el tratamiento no meramente incidental o accesorio de las categorías especiales de datos a las que se refieren los artículos 9 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 y 9 y 10 de esta ley orgánica o de los datos relacionados con la comisión de infracciones administrativas.

d) Cuando el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos.

e) Cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad.

f) Cuando se produzca un tratamiento masivo que implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales.

g) Cuando los datos personales fuesen a ser objeto de transferencia, con carácter habitual, a terceros Estados u organizaciones internacionales respecto de los que no se hubiese declarado un nivel adecuado de protección.

h) Cualesquiera otros que a juicio del responsable o del encargado pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación.”

Asimismo, deberán tenerse en cuenta las “Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos” y la “Lista orientativa de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos” publicados por la Agencia Española de Protección de Datos al amparo de lo previsto en el artículo 35.5 del RGPD.

En este punto, hay que tener en cuenta que, en principio, la obligación de realizar una EIPD recaería sobre el responsable del tratamiento, que es quien debe de adoptar y documentar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales, a través del oportuno análisis de riesgos, EIPD, etc., identificando las bases jurídicas que legitiman el tratamiento y adoptando todas las garantías necesarias de acuerdo con el principio de protección de datos por defecto y desde el diseño, siendo, por consiguiente todo incumplimiento de dicha normativa de su exclusiva responsabilidad.

Sin embargo, existen otros supuestos en los que dicha evaluación debe realizarse por otros sujetos distintos del responsable, como ocurre en el caso en que se procede por una norma jurídica a regular determinados tratamientos de datos personales, lo que requiere determinar previamente si la misma es conforme con la normativa de protección de datos personales, lo que ha determinado que esta Agencia, para poder emitir el preceptivo informe sobre dichas disposiciones jurídicas, cuando tienen una especial incidencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, venga sugiriendo en sus últimos informes que se proceda a un análisis pormenorizado y detallado de las implicaciones que la aprobación de la norma tiene para los derechos y libertades de los afectados, en los términos previstos en el RGPD. De este modo, dicho análisis permitirá identificar correctamente todas las medidas y

garantías que deben adoptarse y su adecuada concreción en el texto normativo, circunstancia expresamente prevista en el artículo 35.10 del RGPD para los supuestos en que el tratamiento se legitime en las letras c) y e) del RGPD.

A juicio de esta Agencia, idéntico criterio debe aplicarse cuando se pretende, como ocurre en el presente caso, recoger en un código de conducta una “presunción” de prevalencia del interés legítimo del responsable o de terceros sobre los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, cuya autorización por parte de la autoridad de control implica el reconocimiento, como suficientes, de las garantías ofrecidas y va a determinar que la adhesión de responsables o encargados a un código de conducta aprobado pueda servir de elemento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable (artículo 24.2 del RGPD) o como elemento para demostrar la existencia de las garantías suficientes conforme al artículo 28 del RGPD.

En el presente caso, no se ha aportado ni un análisis de riesgos ni una evaluación de impacto, habiéndose realizado, meramente, un análisis en abstracto, en el que se potencian los efectos generales derivados del interés legítimo de responsables y terceros y se minimiza el impacto en los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, estableciéndose, tal y como se señala en el informe de la Subdirección General RGPD, una garantías excesivamente genéricas, que ni permiten considerar mitigados los efectos para los afectados ni resultan apropiadas para el contenido de un código de conducta, que debe aportar un valor añadido.

En efecto, se observa cómo esas garantías, básicamente, lo que hacen es recordar a los Sujetos Obligados la necesaria observancia de las obligaciones que ya vienen impuestas por la normativa sobre protección de datos personales, estableciéndose con carácter abstracto, sin responder a un riguroso análisis de los riesgos y estableciendo medidas específicas y concretas, adicionales a las previsiones generales, que permitan una adecuada gestión de dicho riesgo y suprimir, o reducir notoriamente, la incidencia que los tratamientos pueden tener en los afectados.

Por otro lado, uno de los principales riesgos que se observan por esta Agencia, relativo al carácter completo y veraz de la información que figure en los ficheros, es decir, la exactitud y actualización de los datos, que enlaza directamente con la idoneidad del tratamiento para conseguir la finalidad

perseguida, difícilmente se puede mitigar a través de un sistema basado en la voluntariedad y en la reciprocidad, si no se acredita la participación de un alto porcentaje de entidades que representen la mayor parte del mercado crediticio.

Además, si al compartir la información positiva, el buen historial crediticio se convierte en un importante activo del deudor, debería garantizarse que en los mismos figura toda la información relativa a una persona, sin que se produzcan omisiones intencionadas o erróneas. En este sentido, el Grupo del Artículo 29 ya consideraba que estos registros podían dar lugar a una discriminación positiva, en el caso de que una persona no figure en los mismos. Asimismo, los errores pueden impedir el acceso al mercado crediticio. En estos supuestos, tanto si no figura en el registro de manera errónea o la información es parcial, podría producirse una valoración equivocada de la persona que podría, incluso, ocasionarle un perjuicio, por lo que podría apreciarse una intromisión en su derecho al honor, en términos análogos a los señalados por el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala de lo Civil 284/2009, de 24 de abril) que ha establecido como doctrina jurisprudencial que la inclusión de una persona en el llamado “registro de morosos”, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación, siendo intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de proyección pública. Añadiendo que “Si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3. de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982”.

De ahí la importancia de respetar los principios de la protección de datos personales, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13/2013, de 29 de enero:

“Descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12/2014 de 22 de enero señala que «... para enjuiciar la licitud de la conducta de la demandada, a efectos de decidir si la afectación al honor de los recurrentes es o no ilegítima (...) el criterio fundamental debe ser la normativa sobre protección de datos de carácter personal, puesto que si la entidad (...) ha respetado las exigencias de dicha normativa al incluir y mantener los datos de los demandantes en los referidos ficheros, no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes».

En el presente caso, el código no solo no contempla la posibilidad de omisiones, tal y como señalaba anteriormente, sino que tampoco establece medidas adecuadas para garantizar la autenticidad de los datos, limitándose a señalar que “los Sujetos Obligados establecerán operativas que permitan la rápida actualización de la información, de modo que esta se encuentre puesta al día en todo momento”, lo que no supone ninguna garantía adicional sino la mera observancia de lo previsto en el RGPD. Además, destaca el carácter limitado con el que se trata el deber de informar a los afectados, estableciendo en el artículo 14 que serán los acreedores o quienes actúen por su cuenta o interés los que deberán cumplir con el deber de informar a los interesados “en el contrato o en el momento de recabar los datos” acerca de la aportación de datos a los sistemas de información crediticia. Por tanto, no prevé la comunicación a los afectados de su efectiva inclusión en el fichero, por parte de la entidad que mantenga el sistema de información crediticia, que es una de las garantías adicionales que se establecen para los ficheros negativos en el artículo 20.c) de la LOPDGDD, entendemos que por aplicación del artículo 14.5.a) del RGPD, al considerar que el interesado ya dispone de la información.

Sin embargo, esta Agencia considera dicha comunicación como una garantía necesaria a fin de evitar el tratamiento por los ficheros de datos erróneos o inexactos, incluidos los errores en los datos identificativos o los supuestos de posible usurpación que frecuentemente se han planteado en los ficheros negativos, facilitando, de este modo, el efectivo conocimiento por parte del interesado de la inclusión y la posibilidad de ejercer sus derechos. En este punto, como se viene indicando, no pueden considerarse menos lesivos los tratamientos de datos personales por los ficheros positivos, ya que si lo que se pretende es evitar el sobreendeudamiento, una inclusión errónea de deudas que no correspondan a una persona podría llegar a determinar la valoración de un endeudamiento excesivo y la denegación de un crédito, con el consecuente perjuicio, de manera análoga a lo que ocurre con los ficheros negativos.

Por otro lado, destaca la ausencia en el código de un análisis detallado del derecho de oposición, al que se limita a hacer referencia de manera conjunta con los derechos de rectificación y supresión. En este punto, hay que tener en cuenta que, uno de las garantías tradicionales, cuando se trata del interés legítimo y al objeto de poder apreciar la prevalencia del mismo, es la de garantizar, de una manera reforzada, el ejercicio del derecho de oposición o incluso, reconocer un derecho de exclusión voluntaria (opt-out). El Dictamen 6/2014, de 9 de abril, se refiere específicamente al derecho de oposición, señalando lo siguiente:

“¿Qué sucede si el interesado ejerce su derecho de oposición?”

- Cuando únicamente se establece un derecho condicionado de exclusión voluntaria como garantía: en caso de que el interesado se oponga al tratamiento, deberá garantizarse que existe un mecanismo adecuado y fácil de usar para evaluar de nuevo el equilibrio respecto de la persona afectada e interrumpir el tratamiento de sus datos si esta nueva evaluación demuestra que sus intereses prevalecen.
- Cuando se establece un derecho incondicional de exclusión voluntaria como garantía adicional: en caso de que el interesado se oponga al tratamiento, deberá garantizarse que se respeta su decisión, sin que se deba realizar otra evaluación o adoptar otra medida.”

En este mismo sentido, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en su Opinión 7/2015, Meeting the challenges of big data, considera como una buena práctica para acudir al interés legítimo el dar la opción de op-out a los interesados:

Especially in borderline cases where the balance between the legitimate interests of the controller and the rights and interests of the data subjects are difficult to strike, a well-designed and workable mechanism for opt-out, while not necessarily providing data subjects with all the elements that would satisfy a valid consent under European data protection law, could play an important role in safeguarding the rights and interests of the individuals.

Por otro lado, en el Dictamen 6/2014, de 9 de abril, sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento, del Grupo del Artículo 29, al analizar las actividades de mercado como uno de los supuestos en que procedería considerar la posible concurrencia de un interés legítimo y al objeto de apreciar qué convierte a un interés en legítimo o ilegítimo, atiende a la intensidad del perfilado, se razona lo siguiente:

“Sirva como ejemplo: los responsables del tratamiento pueden tener un interés legítimo en conocer las preferencias de sus clientes de manera que esto les permita personalizar mejor sus ofertas y, en último término, ofrecer productos y servicios que respondan mejor a las necesidades y los deseos de sus clientes. A la luz de esto, el artículo 7, letra f), puede constituir un fundamento jurídico apropiado en algunos tipos de actividades de mercado, en línea y fuera de línea, siempre que se prevean las garantías adecuadas (incluido, entre otros, un mecanismo viable que permita oponerse al tratamiento en virtud del artículo 14, letra b), (...).

Sin embargo, esto no quiere decir que los responsables del tratamiento puedan remitirse al artículo 7, letra f), como fundamento jurídico para supervisar de manera indebida las actividades en línea y fuera de línea de sus clientes, combinar enormes cantidades de datos sobre ellos, provenientes de diferentes fuentes, que fueran inicialmente recopilados en otros contextos y con fines diferentes, y crear —y, por ejemplo, con la intermediación de corredores de datos, también comerciar con ellos— perfiles complejos de las personalidades y preferencias de los clientes sin su conocimiento, sin un mecanismo viable de oposición, por no mencionar la ausencia de un consentimiento informado. Es probable que dicha actividad de elaboración de perfiles represente una intrusión importante en la privacidad del cliente y, cuando esto suceda, los intereses y derechos del interesado prevalecerán sobre el interés del responsable del tratamiento.”

En el presente caso, aun no tratándose, exclusivamente, de actividades de mercado, sí que se realizan perfiles para conocer mejor a los clientes y adecuar los productos a sus circunstancias personales. Sin embargo, no se dice nada respecto a dicho derecho de oposición, ni reforzándolo, ni justificando si podrá denegarse, o no, conforme al artículo 21 del RGPD.

De nuevo, en este caso, se pone de manifiesto la incidencia que tienen estos tratamientos con el interés público con el que se pretenden relacionar, ya que, de apreciarse el mismo, su consecución sería difícilmente compatible con el reconocimiento de un derecho de exclusión voluntario o una presunción favorable al ejercicio del derecho de oposición. Además, en los casos en que se estimara dicho derecho, lo que corresponde, según el código, a la entidad que haya facilitado los datos, podría resultar igualmente perjudicada la idoneidad de estos tratamientos y la exactitud de los datos, al permitir que la información relativa a determinadas personas respecto de todas o algunas de las entidades de las que son clientes, no figurara en los mismos.

Por último, en relación con los accesos al fichero, el código se limita a señalar que “los Sujetos obligados establecerán las medidas oportunas para que solo entidades que necesiten evaluar la solvencia puedan acceder a la información”, previsión que se debe poner en relación con lo señalado en su artículo 12, que pretendiendo una traslación casi literal del régimen de los ficheros negativos contenidos en el artículo 20 de la LOPDGDD señala como regla a cumplir, en su letra e), “Que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario”.

Como puede observarse, se prevé el acceso mientras se mantenga una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria y siempre que sea necesario para evaluar la solvencia, lo que permitiría, tal y como está planteado, la consulta del fichero de todos aquellos que mantengan dicha relación al objeto de evaluar la solvencia y poderles ofrecer productos que no hubieran sido solicitados por los mismos, como puede ser un “préstamo preconcedido”, en cuyo caso, además de que no se estaría atendiendo al indicado interés de evitar el sobreendeudamiento sino a favorecer comercialmente a la entidad acreedora, debería garantizarse que la misma cuenta con el consentimiento del cliente para dicha consulta.

Esta cuestión se analizaba detenidamente en el Informe de esta Agencia 195/2017, emitido a solicitud de la Asociación Española de Banca:

La consulta se refiere, en segundo lugar al “tratamiento de datos con objeto de realizar un análisis de solvencia del clientes para una posterior financiación”.

La consulta bajo este supuesto se refiere realmente a dos tratamientos claramente diferenciados: aquél que llevaría a cabo la entidad para valorar la solvencia del cliente que solicitase concretamente un determinado producto de financiación para determinar el riesgo que pudiera generar el mismo y decidir sobre la conclusión o no del contrato, de aquél en que la evaluación del riesgo se lleva a cabo sin que el cliente haya solicitado producto de financiación alguno y que además sería empleado por la entidad para ofrecer al cliente ese producto o servicio no solicitado (por ejemplo, la “preconcesión” de un crédito que no ha sido solicitado por el cliente).

Ambos supuestos han de ser analizados de forma separada, dado que la intervención del cliente en el primero de ellos puede implicar que no sea preciso acudir a la previsión del artículo 7.1 f) del reglamento, a diferencia del segundo en que el tratamiento sólo podría basarse en el consentimiento del cliente o en la aplicación de la citada regla de ponderación.

En efecto, en los supuestos en los que la propia entidad financiera recabe los datos necesarios para enjuiciar la solvencia de quien, incluso siendo ya cliente de la misma, solicita la contratación de un producto que lleve aparejada una financiación, el tratamiento puede ampararse claramente en lo dispuesto en el artículo 6.1 b) del Reglamento general de protección de datos, en conexión con la propia normativa sectorial que resulte de aplicación e imponga el deber de recabar la información necesaria para la valoración del riesgo, como sucedería por ejemplo en relación con el accesos a los sistemas de información crediticia, expresamente previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio.

En este supuesto, el tratamiento puede considerarse “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”, dado que como bien señala la consulta existe un deber legal de verificación de la solvencia del cliente y la evaluación de su riesgo.

Sin embargo, la situación no es la misma en los supuestos en que el interesado no ha solicitado la contratación de ningún producto que implique financiación y es la propia entidad la que analiza su solvencia y riesgo atendiendo a determinados datos personales, con la finalidad, precisamente, de poner a su disposición esos productos o servicios financieros.

En este caso, la situación podría aparentemente no diferir de la mencionada en el apartado anterior de este informe, toda vez que se estaría procediendo al tratamiento de los datos con la finalidad de ofrecer a los clientes de la entidad un producto que podría ser considerado “similar” a los que el propio cliente mantiene contratados con la entidad.

En este sentido, y como punto de partida, ha de tenerse en cuenta que el primer límite para la determinación de la existencia de un interés legítimo prevalente en la entidad de crédito sería el que ya se ha delimitado, atendiendo al hecho de que los afectados sigan manteniendo una relación con la entidad y los productos o servicios sean similares a los contratados.

Sin embargo, frente al supuesto antes analizado, en que la realización de las acciones comerciales tenía, en principio, lugar sobre la información general facilitada por el cliente, de modo que no se producía su segmentación basada en la realización de un perfilado, en el supuesto ahora planteado, se plantea precisamente la realización de ese perfilado como tratamiento previo a la remisión de las comunicaciones comerciales. Ello implica la necesidad de analizar si dicho tratamiento adicional podría considerarse igualmente fundado en el interés legítimo prevalente de las entidades asociadas a la consultante.

Para ello deberá partirse nuevamente de la expectativa razonable que los clientes pudieran tener de que la contratación de un producto o servicio de dichas entidades implicará un seguimiento posterior de los mismos con el fin de determinar si pueden o no ser potenciales beneficiarios de otras ofertas de productos o servicios de la entidad. Al propio tiempo, será igualmente preciso analizar en qué modo puede considerarse en estos supuestos que se produce una intromisión en los derechos e intereses de los clientes que habría de prevalecer sobre el interés legítimo de las entidades.

La primera consecuencia de lo antedicho es que debería excluirse de la aplicación del artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos el supuesto en que la entidad acudiera para la realización del perfilado a fuentes distintas de las que se derivasen de la relación del cliente con la entidad. De este modo, a juicio de esta Agencia, cualquier perfilado de los clientes que se llevase a cabo como consecuencia de enriquecer los datos de que dispone la entidad en virtud de su relación con el cliente con información procedente de otras fuentes requeriría o bien la solicitud del producto o servicio por el interesado, conforme ya se ha indicado, o bien que el mismo preste su consentimiento para el tratamiento. Ello se funda en que la obligación de las entidades de obtener la información disponible sobre la solvencia y el nivel de riesgo de un cliente o potencial cliente puede fundarse en la solicitud por éste del servicio, pero no en la decisión unilateral de la entidad de llevar a cabo ese perfilado.

Si los datos procediesen únicamente de la información de que dispusiera la entidad en relación con los productos o servicios contratados por el cliente, sin que la misma fuera completada con la originada en otras fuentes distintas, ciertamente la conducta de la entidad, consistente en la realización de un perfilado para la remisión de ofertas de productos o servicios a sus clientes, resultaría ser menos invasiva de los derechos e intereses de los clientes, pudiendo en este caso considerarse la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos.

Ahora bien, para que pueda llegarse a esta conclusión será imprescindible que las entidades diferencien claramente el tratamiento al que se está haciendo referencia del que ha sido analizado en el apartado anterior de este informe. Ello quiere decir que no podrá considerarse amparado en el artículo 6.1 f) un tratamiento de las características del ahora estudiado si en la información facilitada al interesado únicamente se indica que los datos serán tratados con la finalidad de remitir publicidad de otros productos y servicios de la entidad, dado que, con carácter previo a esa remisión, se estaría llevando a cabo otro tratamiento, consistente en la elaboración de perfiles a partir de la información de que dispusiera la entidad.

Del mismo modo, debería ser posible que el interesado pueda oponerse a este tratamiento aun cuando no se hubiera opuesto a recibir otro tipo de ofertas de la entidad.

Por todo ello, sería posible amparar en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos el tratamiento por parte de la entidad de la información de que disponga en relación con los productos y servicios contratados por sus clientes para evaluar su solvencia a efectos de ofrecerle nuevos productos que impliquen financiación, siempre que el cliente haya sido informado con la debida separación acerca de este tratamiento y tenga en todo caso la posibilidad de ejercer específicamente su derecho de oposición respecto del mismo.

### 3. Conclusión.

Por todo lo expuesto, este Gabinete Jurídico considera, al igual que ha hecho la Subdirección General de RGD, que **los tratamientos de datos personales por los responsables en los ficheros positivos no pueden ampararse en el interés legítimo del responsable o del tercero, al prevalecer los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados.**

Tal y como ya se ha indicado, el legislador nacional ni ha regulado los ficheros positivos como un supuesto de interés público (como ha hecho, por ejemplo, respecto de los tratamientos con fines de videovigilancia, los sistemas de exclusión publicitaria o los sistemas de información de denuncias internas en los artículos 22, 23 y 24 de la LOPDGDD), ni ha establecido una presunción, iuris tantum de prevalencia del interés legítimo, identificando los requisitos y las garantías adecuadas.

Y ante esa ausencia de regulación legal, lo que se pretende en el código de conducta es conseguir un efecto similar al artículo 20 de la LOPDGDD, estableciendo con carácter general una presunción de licitud que sea amparada por esta Agencia, obviando, tal y como se ha analizado en detalle, las importantes diferencias existentes entre unos ficheros y otros, atendiendo a

la normativa vigente y la mayor complejidad e injerencia en los intereses, derechos y libertades de los afectados que implican los ficheros positivos.

Por otro lado, tal y como se viene señalando en el informe, la necesidad de concretar la contribución de estos ficheros, con carácter general, a la estabilidad del sistema financiero, así como la garantía de la participación del mayor número de entidades y, en su caso, la limitación del derecho de oposición, requeriría que así se estableciese por una norma con rango de ley, y que esta precise, asimismo, todas las garantías necesarias después de un análisis riguroso de los riesgos que los mismos implican. Asimismo, debería especificarse, claramente, si la posible existencia de dichos ficheros se limita a los de titularidad pública, como la CIRBE, o si se admite, igualmente, la existencia de ficheros de titularidad privada con un alcance general, como los que se plantean en el código de conducta.

En este punto, en el caso de que se considerase imprescindible, por los órganos competentes, la consulta a dichos ficheros de titularidad privada como medio de garantizar la estabilidad del sistema financiero, y previa ponderación de todos los intereses implicados, debería regularse de manera precisa y detallada, además de la obligatoriedad de la comunicación de los créditos por las entidades concedentes, la información que se debe incorporar a los ficheros, las garantías para su exactitud, las condiciones en que sería accesible para otras entidades, las entidades que pueden acceder, los plazos de conservación, el ejercicio de los derechos de los afectados y cualesquiera otras garantías que se consideren adecuadas, al objeto de proteger adecuadamente el derecho fundamental a la protección de datos, siendo lo deseable que los correspondientes tratamientos se legitimaran sobre la base jurídica del cumplimiento de una obligación legal, al amparo del artículo 6.1.c) del RGPD.

**Y, en tanto no se proceda a la aprobación de la ley, aclarando dichas cuestiones, no puede considerarse prevalente el interés legítimo del responsable o de terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados para legitimar el tratamiento de los datos personales por los responsables de los sistemas de información crediticia con datos relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito (ficheros de solvencia positivos).**