



**ADECUACIÓN AL RGPD DE EVALUACIONES DE SOLVENCIA BASADAS EN
TRATAMIENTOS AUTOMATIZADOS Y EXCESO EN LA CONSERVACIÓN
TEMPORAL DE DATOS**

Javier Plaza Penadés
Catedrático Derecho Civil
Universidad de Valencia

Fecha de publicación: 12 de abril de 2023

Sorprende la importancia que el TJUE ha dado, a través de comunicado de prensa n.º 49/23, a la opinión del Abogado General Priit Pikamäe en el asunto C-634/21 y en los asuntos acumulados C-26/22 y C-64/22, pues la opinión del Abogado General no es vinculante para el TJUE, aunque suele no ser seguida la mayoría de veces. Quizá con dicho comunicado se quiere advertir de las importantes consecuencias que tendrán las futuras STJUE en dichos asuntos, a las que se les deberá prestar especial atención.

El asunto C-634/21 es, en mi opinión, el más trascendente, pues en el marco de una concreta evaluación de solvencia de un posible prestatario, SCHUFA Holding AG («SCHUFA»), que es una sociedad de derecho privado que presta sus servicios a entidades bancarias y financieras, en el caso objeto de controversia, facilitó a una entidad de crédito un “score” de solvencia negativo relativo a un ciudadano en cuestión, razón por la cual la entidad de crédito le denegó el crédito. Dicho ciudadano pidió entonces a SCHUFA que suprimiese los datos que le concernía y que le informase de los datos que SCHUFA tenía de él y que habían sido utilizados para la elaboración de su informe negativo de evaluación de solvencia. Sin embargo, SCHUFA le informó únicamente del funcionamiento genérico de los algoritmos y principios que subyacían en su método de cálculo para evaluar la solvencia, pero sin informarle ni facilitarle detalle concreto de los datos personales ni de los criterios específicos que se habían tenido en cuenta en su evaluación, alegando que el método de cálculo específico o concreto constituía un secreto comercial (Know-How).

El ciudadano afectado alega que la negativa de SCHUFA de facilitarle sus datos personales para su oposición y cancelación al tratamiento de los mismos, así como la negativa a informarle del método específico de cálculo utilizado para determinar el riesgo de insolvencia y poder valorar si se trata de la elaboración de un perfil personal, es



contraria al régimen de protección de datos. Así es como dicha cuestión llega al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden, que plantea la cuestión al TJUE.

En este asunto, el Abogado General Priit Pikamäe señala en sus conclusiones que el artículo 22 RGPD consagra un «derecho» del interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles. En concreto, el artículo 22 RGPD, intitulado “decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”, establece que *«Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»*.

Curiosamente “interesado” en la versión inglesa del RGPD (esto es, en el GDPR) es “*The data subject*”, esto es, “el titular de los datos”. De nuevo estamos ante una versión mejorable de lo que debía haber sido la traducción oficial, pues creo que es mejor y más exacto traducir el texto como *«el titular de los datos»* o *«toda persona» tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles...»*.

Aparentemente estamos ante este “nuevo derecho” que tiene toda persona a no ser objeto de decisiones automatizadas, entre las que se incluye la “elaboración de perfiles” o “*profiling*”. Pero este derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas ni de perfilados, que en apariencia es el más moderno del RGPD y de la LOPD-GDD, nos retrotrae al artículo 18.4 de la Constitución Española, desarrollado a través de la ya derogada (Ley Orgánica 5/1992, de “tratamiento automatizado” de datos carácter personal, la LOTRAD), planteamiento que está superado por el vigente artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales UE, en el que el derecho de protección de datos se proyecta también sobre el tratamiento no automatizado y los ficheros en papel.

Resulta evidente que el derecho de protección de datos personales, tal y como lo concibieron los padres de la Constitución en el año 78, respondía a ese temor de que a través de la informática se realizasen (tratamientos automatizados de datos) desconocidos por la persona afectada, que revelasen aspectos personales e incluso íntimos de la persona que forman parte de su esfera de privacidad. Obviamente, la protección actual de perfilados no consentidos del artículo afecta también a ficheros y tratamientos realizados en soporte papel.

Lo más importante de las Conclusiones del Abogado General es que, en su opinión, en este supuesto se cumplen los requisitos de este derecho contenido en el artículo 22 RGPD, porque:

- El procedimiento en cuestión supone una «elaboración de perfiles»;



- la decisión produce efectos jurídicos en el interesado o lo afecta significativamente de modo similar, y
- Cabe considerar que se trata de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, pues la entidad bancaria justificó la denegación del crédito en el informe emitido por SCHUFA, sin que (en opinión del Abogado General, opinión que suscribo) la intervención de la entidad bancaria pueda considerarse “intervención humana” a los efectos de desvirtuar la consideración de “decisión automatizada”, pues en nada corrigió la calificación de SCHUFA.

Así pues, el asunto principal, la elaboración de un informe de solvencia mediante la elaboración de un “perfilado” al margen del conocimiento y voluntad del afectado encaja perfectamente con el supuesto previsto en el artículo 22 RGPD y, por ello, el Abogado General llega a la conclusión de que dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que la generación automatizada de un valor de probabilidad acerca de la capacidad futura de un interesado para satisfacer un préstamo (informe de evaluación de solvencia) constituye ya una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produce efectos jurídicos en el interesado o lo afecta significativamente de modo similar, cuando dicho valor, hallado a partir de datos personales del interesado, es transmitido por el responsable del tratamiento a un tercero responsable del tratamiento y, según una práctica reiterada, este tercero, de un modo determinante, basa en dicho valor su decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con ese interesado. Además, una explicación genérica sobre cómo funciona el proceso de toma de decisión, sin indicar los datos específicos que se tienen de la persona y como ha sido el concreto proceso de toma de decisión, no es suficiente para que la persona afectada pueda tener toda la información a para valorar si se trata o no de un tratamiento ilícito o una “decisión automatizada”.

De otra parte, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden ha plantado otras dos peticiones de decisión prejudicial en relación con el RGPD (asuntos C-26/22 y C-64/22). Estas dos peticiones, que han dado lugar a las pertinentes Conclusiones del Abogado General, se insertan en el marco de dos litigios entre dos ciudadanos y el *Land* Hessen, representado por el HBDI (que es la autoridad de control competente, equivalente en España a la AEPD o agencia autonómica), acerca de unas solicitudes que aquellos ciudadanos habían presentado ante el HBDI para que este actuara con el fin de que SCHUFA suprimiese una inscripción relativa a una “remisión de deuda restante” (expresión que me permito traducir como “condonación o quita de la deuda”).

Pero en este caso la trascendencia es menor, en primer lugar, porque se plantea si una decisión de una autoridad de control (en España la AEPD y agencias autónomas similares)



está sujeta siempre a un control jurisdiccional pleno sobre el fondo de sus decisiones, siendo evidente que sí, lo que garantiza además la tutela judicial efectiva.

Y lo más relevante es el tema de conservación de datos de impagos que se deben tomar para realizar evaluaciones de solvencia, donde el Abogado General llega a la conclusión de que la conservación de los datos por una agencia privada de información comercial no puede ser lícita, conforme al RGPD y a la ponderación de derechos en juego, cuando datos de “remisión de deuda restante” (esto es, de condenación o quita de deudas) suprimidos de los registros públicos de conformidad con el derecho nacional (en este caso alemán) se conservan por dichas agencias privadas (en concreto SCHUFA) más de tres años para elaborar sus informes de solvencia.

Según el Abogado General, en ese supuesto, el interesado tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento la supresión sin demora de los datos personales que le conciernan, aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si existen, con carácter excepcional, motivos legítimos imperiosos para justificar dicho tratamiento adicional de tres años desde la cancelación en el registro público de insolvencia.

El impacto previsible de dicho supuesto en nuestro derecho es menor, dado que, para ficheros de insolvencia, la LOPD-GDD establece, en su artículo 20, que “*los datos únicamente se pueden mantener en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito*”. Y además la exoneración del pasivo insatisfecho en los procesos concursales debe producir efectos por sí misma, debiéndose permitir el acceso al crédito a toda persona que haya superado procesos de ejecución singular o colectiva cuando no haya otra razón justificada, como las que se deriven de la CIRBE (Central de Información de Riegos del Banco de España, donde se informa de la totalidad de préstamos y créditos de una persona) o de ficheros de insolvencia, que justifique objetivamente la denegación del crédito; todo ello además haciendo aplicación del derecho al olvido, caso Mario Costeja vs. Google (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 (asunto c-131/12) y en aplicación de los artículos 17 RGPD y 15, 93 y 94 LOPD-GDD, cuyo origen fue el carácter obsoleto de la información que los motores de búsqueda (Google y otros buscadores) ofrecían de la capacidad de solvencia de la persona.