

Intercambio de información positiva de solvencia y protección del consumidor*

Matilde CUENA CASAS

1. ¿Por qué es importante que fluya la información de solvencia patrimonial?

La crisis financiera de 2008 nos mostró de forma cruda las consecuencias en todos los órdenes de los comportamientos irresponsables de los operadores del mercado de crédito y la necesidad imperiosa de un adecuado control del funcionamiento del sistema financiero que evite los préstamos de alto riesgo.

Este control riguroso es un imperativo porque el sistema bancario funciona con el denominado privilegio de reserva fraccionaria¹. Las entidades de crédito captan fondos de los ahorradores, reservan sólo una parte y el resto lo prestan a terceros, es decir, la entidad se endeuda a corto e invierte a largo plazo. Si presta de manera irresponsable, sin hacer una adecuada valoración del riesgo o, haciéndola, prescinde

del resultado, se puede producir el denominado descalce de plazos de manera que se genere falta de liquidez o de solvencia al no poder la entidad restituir los depósitos por culpa de la falta de devolución de los préstamos concertados.

De ahí la importancia de un adecuado control del riesgo de crédito que es donde reside la clave del éxito del negocio bancario y la necesaria estabilidad del sistema financiero.

Pero la principal dificultad con la que se encuentra el prestamista a la hora de evaluar el riesgo es la existencia de información asimétrica en el mercado de crédito que significa lo siguiente: el prestatario tiene un mayor conocimiento que el prestamista respecto de sus posibilidades de reembolsar el préstamo. Los bancos no disponen de la misma información que los demandantes de crédito. Ello genera riesgo de selección adversa, es decir, que el prestamista tenga dificultades para elegir entre buenos y malos pagadores con el peligro de escoger prestatarios de peor calidad.

Ante esta situación el prestamista puede hacer dos cosas: o bien aumenta las denegaciones de crédito o bien aumenta a todos los solicitantes el coste crediticio de manera que los buenos pagadores asuman los costes del incumplimiento de los malos pagadores. Es decir, todos (buenos y malos) pagamos tipos de interés más altos y ello al margen de la prima de riesgo individual de cada demandante de crédito.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación (DER 2017-83321-P) sobre "Tutela de los consumidores y clientes de servicios FinTech", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigadora principal. Así mismo, se enmarca en las actividades del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR).

¹ El denominado privilegio de *reserva fraccionaria* permite a las entidades financieras dedicar a inversiones y préstamos el dinero que sus clientes depositan en sus cuentas corrientes, estando obligados únicamente a mantener una fracción de los mismos a modo de reservas mínimas para atender las disposiciones de efectivo de sus depositantes. Esta fracción es la que comúnmente se conoce como coeficiente de caja que en la zona euro es fijado por el Banco Central Europeo.

Ello desincentiva a los clientes de menor riesgo a recurrir al crédito y favorece que accedan los que presentan mayor riesgo², pues son estos los que están dispuestos a pagar tipos de interés altos. Por otro lado, no hay que perder de vista que un encarecimiento generalizado del crédito constituye un factor que agrava el sobreendeudamiento de los consumidores y les puede colocar en situación de insolvencia. Por lo tanto, avanzo ya que *cuando no fluyen correctamente los datos de solvencia patrimonial, el principal efecto es encarecimiento del crédito para todos los consumidores* (buenos y malos pagadores).

Por otro lado, se produce otro efecto perverso para el sistema y es que, desde el punto de vista del prestatario, la opacidad de la información crea problemas de *riesgo moral*: el deudor utiliza la mayor información que posee sobre su situación patrimonial para comportarse de forma inadecuada. Ello genera incentivos para endeudarse recurriendo a distintos acreedores que no comparten información entre sí, y eventualmente dejar de pagar. Esta práctica sin duda genera un sobreendeudamiento privado masivo, aumentándose las tasas de incumplimiento. Y, como he dicho, los deudores pueden tender incluso a dejar de pagar conscientes de la falta de conocimiento de los acreedores de la situación financiera de los solicitantes de crédito³.

El consumidor puede tener la percepción de que el que los prestamistas no compartan información entre sí, le beneficia porque “favorece” su entrada en el mercado de crédito, evitándose la exclu-

sión financiera, aunque sea con tipos de interés altos. Sin embargo, ya sabemos cuáles son las consecuencias de un alto sobreendeudamiento privado. Prestar dinero a quien no es solvente pone en riesgo la estabilidad del sistema financiero y los ahorros de los depositantes. Por ello, no es bueno para el sistema que el consumidor monopolice sus datos financieros.

A mi juicio, la exclusión financiera que se puede producir para personas sin historial crediticio debe paliarse a través de los mecanismos procedentes del Estado, pero no comprometiendo los recursos de los depositantes. Al igual que existe el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para la financiación de empresas por parte del Estado, debería arbitrase un mecanismo similar para conceder financiación a personas con una limitada capacidad de reembolso. De hecho, así se ha hecho con los avales ICO para paliar las consecuencias que en algunos sectores ha tenido la pandemia por Covid-19.

Se podría pensar que es el propio consumidor el que está en mejor disposición para saber si podrá o no cumplir con sus obligaciones. Nadie mejor que él conoce su situación patrimonial. Pero no hay que olvidar que según demuestran estudios sobre el comportamiento económico del consumidor⁴, éste es generalmente optimista, lo que le hace cometer sistemáticamente errores en la valoración de su propio riesgo. El consumidor sobrevalora los beneficios que para su calidad de vida supone el acceso al crédito e infravalora la posibilidad de que, por ejemplo, se pueda quedar sin trabajo. Ello evidencia el escaso valor que como instrumento de prevención del sobreendeudamiento tiene el deber de proporcionarle gran cantidad de informa-

2 Stiglitz y Weiss (1981) “Credit rationing in markets with imperfect information”, *American Economic Review*, vol. 71, núm. 3, junio, p. 393-410.

3 Montes, F. (2014), “Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional”, en “Préstamo responsable y ficheros de solvencia”, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, Cizur Menor, 2014, pp. p. 245.

4 Sunstein, C. (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

ción al consumidor⁵. Los estudios sobre el comportamiento del consumidor ponen de relieve que *la política de prevención del sobreendeudamiento debe concentrarse en la actuación del prestamista más que dejar la responsabilidad en manos del consumidor*, por más que pueda suponer un enfoque paternalista. Por la misma razón, tampoco la información financiera debe ser monopolizada por los particulares. Un buen sistema de información crediticia protege al consumidor de sí mismo, de su “optimismo irracional”.

La clave para lograr un correcto funcionamiento del mercado de crédito no está en el estímulo de la concesión de una mayor *cantidad* de crédito, sino en su *calidad*. De hecho, la crisis financiera de 2008 tuvo en parte su origen en la masiva concesión de crédito de baja calidad. Un SIC permite introducir criterios *cualitativos* en la concesión de créditos pues coadyuva a una mejor evaluación de la solvencia del prestatario y puede favorecer a los buenos pagadores restringiendo su acceso a los clientes sobreendeudados⁶.

Por otro lado, cuando el supervisor bancario puede verificar la información con la que ha contado el prestamista para la evaluación de la solvencia, es más fácil el control y evaluar si la entidad prestó al cliente que ya no era solvente en el momento de la concesión del préstamo. Un eventual régimen jurídico sobre responsabilidad por concesión irresponsable de crédito es más eficiente si el prestamista puede acceder a información financiera fiable de sus potenciales clientes. Sin datos

fiables no es posible construir un régimen sancionador del préstamo irresponsable. De nada sirve obligar a los prestamistas a consultar bases de datos⁷ si dichas bases de datos contienen información incompleta. A su vez, la falta de datos fiables sirve de escudo protector para el prestamista cuando se pretende juzgar su diligencia en la concesión de préstamos.

Un SIC introduce disciplina en el mercado de crédito. El deudor que incumple con una institución se ve sancionado por todas las demás que le denegarán el crédito con base en el comportamiento crediticio pasado del solicitante con otras entidades. Disciplina a los acreedores en tanto el flujo de datos de solvencia patrimonial facilita la evaluación del riesgo de crédito⁸ y el control del préstamo responsable. Es el sistema en su conjunto el que se ve beneficiado, aunque ninguno de los protagonistas (entidades financieras y consumidores) esté especialmente interesado en su regulación. El consumidor quiere financiación a toda costa y los prestamistas quieren prestar porque ese es su negocio y el antecedente que hemos vivido de res-

7 Así lo establece el art. 18.2 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

8 *Evaluación de riesgo de crédito y evaluación de la solvencia no son dos conceptos sinónimos*, estando este último ligado a la concesión de préstamo responsable (Art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, art. 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). En la evaluación del riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista que en este caso es el inversor. Por el contrario, la de evaluar la solvencia y la concesión responsable de crédito atiende a analizar la posición del deudor (promotor de la financiación), el grado de esfuerzo que le puede suponer el pago del préstamo. Por ello la evaluación del riesgo de crédito no es un mecanismo de prevención del sobreendeudamiento, sino de protección del derecho de crédito del prestamista. La evaluación de la solvencia tiene en cuenta la doble perspectiva: acreedor y deudor atendiendo al grado de esfuerzo que el deudor debe realizar para devolver el préstamo en las condiciones previstas.

5 Ramsay, I., “From truth in lending to responsible lending”, en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Dartmouth, 2004, p. 9.

6 OECD, “Facilitating access to finance”, *Discussion paper on Credit Information Sharing* <https://www.oecd.org/global-relations/45370071.pdf> (Consultado el 10 de enero de 2022) p.4.

cate financiero por el Estado coloca a los prestamistas en situación de riesgo moral.

En suma, detrás de la regulación de todo sistema de información crediticia (en adelante, SIC) se encuentra la necesidad de proteger a los depositantes, a los acreedores y al necesario interés público que sin duda se ve comprometido en el normal funcionamiento del sistema financiero⁹. Son tales los beneficios que genera para el sistema que se ha llegado a decir que limitar su actividad sería temerario¹⁰, porque un mercado de crédito que funciona correctamente genera crecimiento y un sistema financiero que cometa excesos puede generar crisis y recesión con las consecuencias políticas que hemos vivido sobre todo en España.

Hay que asumir que no hay sistema que garantice una evaluación perfecta de la solvencia y que pueda evitar o predecir la insolvencia del deudor. En muchos supuestos ésta no es debida al sobreendeudamiento activo, sino a circunstancias imprevisibles e inevitables, como es la pérdida de empleo, un divorcio o la enfermedad (sobreendeudamiento pasivo). Ningún SIC puede predecir estos eventos y evitar que acontezcan. Tampoco puede predecirse el éxito de una actividad empresarial que se pretende iniciar y no hay que olvidar que un SIC afecta

tanto a consumidores como a empresarios personas físicas. Por ello, los SIC se consideran una herramienta o instrumento para evitar el sobreendeudamiento activo, por asunción irresponsable de crédito, pero en ningún caso se presentan como la “panacea” que evite todas las posibles situaciones que pueden provocar la insolvencia del deudor, pues no previene los efectos del sobreendeudamiento pasivo.

Con todo, la relevancia jurídica y económica que tiene la regulación de un buen sistema de información crediticia no es desdeñable y por eso es muy llamativa la escasa atención que este tema ha despertado en la doctrina española. Veamos qué opciones de diseño existen.

2. Opciones de diseño de un sistema de información crediticia

Para evitar los citados problemas derivados de la información asimétrica surgen los sistemas de información crediticia (SIC), cuyo objetivo es recopilar información de acreedores y de fuentes públicas disponibles sobre el historial crediticio de los prestatarios. La eficiencia de un SIC depende de la cantidad y calidad de los datos pertinentes que compile.

2.1. Ficheros negativos y ficheros positivos

Los *ficheros negativos* o *de morosos* (*black list*), que solo contienen datos de impagos o incumplimientos del deudor, procesos judiciales iniciados, insolvencias, pagos tardíos. Los ficheros negativos protegen a los prestamistas y suponen mediatamente una sanción al deudor moroso quien no podrá contratar con otro prestamista.

Con un SIC en el que solo se comparta información negativa, el único dato que recibe el prestamista que consulta el dato

9 El Banco Mundial en los últimos años ha liderado el análisis de esta materia con la elaboración de los “*principios generales sobre los sistemas de información crediticia*”, consciente de que los SIC son una parte vital de la infraestructura financiera y el flujo de información entre sus participantes se considera una actividad de interés público. Banco Mundial *General principles for credit reporting*. Washington, DC, 2011. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/662161468147557554/general-principles-for-credit-reporting>

10 Packard, V., *The naked society*, 168-182, 1968, p. 13. Se ha estimado que la reducción del crédito al consumo de un 19% puede suponer una reducción del PIB en un 0,65%, lo que supondría una pérdida de 83 billones de euros en un año y la pérdida de un millón y medio de puestos de trabajo.

es que ha habido un impago que puede obedecer a múltiples causas. Los ficheros negativos no informan del nivel de endeudamiento del potencial cliente.

Cuando el prestamista que padece las consecuencias del incumplimiento del deudor comparte con otros prestamistas el dato negativo, son éstos los principales beneficiados y no tanto el que comparte la información. De ahí que un SIC con datos negativos opera de manera voluntaria y según criterios de reciprocidad. Los prestamistas que comparten datos negativos pueden acceder a su vez a los datos negativos de otros clientes.

Cuando se habla de un *fichero positivo* (*white list*), además de incluir información negativa, se incluyen datos adicionales que tienen como virtud alertar del nivel de endeudamiento del potencial cliente. Cubren el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, número de préstamos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. Se incluyen saldos de cuenta, 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 estructural, el calendario de amortización, los registros de empleo, etc.

Es preciso aclarar desde el principio que *un fichero positivo no da información sobre el concepto del gasto realizado con los fondos obtenidos a través del préstamo*. Tan solo se informa del nivel de endeudamiento. Este aspecto es relevante a los efectos de los posibles conflictos con la privacidad. Así como en los ficheros negativos solo se comparte información del deudor que ha incumplido, en los ficheros positivos se comparte información de todos los deudores con independencia de

que hayan incumplido o no sus obligaciones. En un fichero negativo entran sólo los deudores morosos. En un fichero positivo entran todos los clientes de entidades de crédito.

2.2. Registro público y registro privado

Los datos de solvencia patrimonial son datos personales y de ahí que su regulación, como veremos, está supeditada al cumplimiento de esta normativa que tutela el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La entidad que recibe tal información y la compila en un fichero puede ser una entidad privada. Son las oficinas privadas de información crediticia o credit bureau (las más conocidas en España son Experian y Equifax) que elaboran con la información que reciben un informe de crédito (*credit report*) que vende a los usuarios del sistema.

Un SIC privado se caracteriza por la *voluntariedad*. Su objetivo es recolectar, organizar y consolidar la información recibida por los prestamistas y que vende a los solicitantes autorizados que, como he dicho, son los prestamistas que a su vez aportan información y están asociados al bureau. Se nutren de información proporcionada por entidades de crédito u otros prestamistas, tarjetas de crédito o incluso de otras empresas, por ejemplo, de telecomunicaciones (*utilities*) o de fuentes accesibles al público (boletines oficiales, sentencias judiciales...) y datos hechos públicos por su titular, como pueden ser los datos presentes en redes sociales o información generada en internet.

Como sucede en España, los registros privados coexisten con uno público gestionado por el Banco de España y que se denomina Central de Información de Riesgos

del Banco de España (CIRBE)¹¹. Su principal función es supervisar al sector financiero, aunque también opera como mecanismo para proveer de información sobre la solvencia de los clientes a las entidades financieras. Esta doble funcionalidad justifica que *la información que recibe el Registro público con finalidad de supervisión es distinta de la información que comparte con otras entidades*. La CIRBE informa a entidades declarantes de operaciones cuyo riesgo acumulado es superior a 1000 euros¹². Informa de datos negativos y positivos, con esta limitación cuantitativa.

Característica fundamental de los sistemas públicos de información crediticia es la *obligatoriedad* de las entidades financieras de aportar datos al Registro. La provisión de información es compulsiva. Ofrecen una cobertura total del sistema bancario, pero en muchos casos quedan fuera los datos aportados por otras entidades no financieras y de ahí su compatibilidad con los *bureaus* privados.

En España existe la creencia de que no es preciso abordar una regulación de los ficheros positivos porque la CIRBE ya resuelve el problema de la información asimétrica en el mercado de crédito. Nada más lejos de la realidad. No comparte todos los datos de solvencia que recibe y, como se ha señalado, no todas las entidades pueden acceder

a la CIRBE, ya que sólo pueden hacerlo las entidades declarantes. Así, por ejemplo, las FinTech y, particularmente las plataformas de financiación participativa dedicadas a la mediación de préstamos (*crowdlending*) no comparten sus datos de morosidad a la CIRBE y al mismo tiempo, tampoco pueden acceder a los datos del promotor de la financiación que es el prestatario en este tipo de plataformas. Estos “agujeros” de información hacen ineficiente a la CIRBE como modelo de registro público. Sigue quedando mucha información fuera del sistema.

3. Ventajas de un sistema en donde se intercambien datos positivos de solvencia

A. Favorecen la inclusión financiera

Con un fichero positivo es posible discriminar entre el deudor sin impagos y el deudor solvente. No todo deudor sin impagos es un deudor solvente y los ficheros negativos hacen esa errónea equivalencia además de impedir que se premie a los deudores con un buen comportamiento crediticio y un consumo responsable.

En contraste, cuando también se comparte información positiva, la decisión de crédito depende no solamente de la falta de pago, sino también de otros elementos que en su caso pueden beneficiar o “perjudicar” al cliente en el sentido de ver denegada su solicitud de crédito. Así, un deudor con un impago, pero con un comportamiento de pago positivo posterior y escasas deudas asumidas puede recibir una calificación positiva.

Por el contrario, cuando solo se comparte información negativa, el dato negativo en sí mismo ya puede excluir al deudor sin que el prestamista pueda tener en cuenta otras variables (comportamiento de pago positivo posterior) ya que las desconoce.

¹¹ Su regulación se contiene en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y 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. Santillán, R., “Reglas del funcionamiento de la Central...”, cit., pp. 407 y ss.

¹² Antes era 9.000 euros y por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio de regulación del crédito revolvente modificada, entre otras la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos se redujo a 1.000 euros. Ello es una prueba de la conciencia del problema de las asimetrías de información y de la necesidad de incrementar la información positiva.

Por lo tanto, desde el punto de vista del consumidor no se puede afirmar a priori si es mejor un fichero negativo o uno positivo. Dependerá del caso en particular. Un deudor con un impago se verá perjudicado si los prestamistas solo comparten información negativa, pues ese dato puede justificar por sí solo la denegación. Cuando se trata de un fichero positivo, un deudor sin impagos, pero con muchas deudas ya asumidas, puede resultar excluido. *Un fichero positivo garantiza, a mi juicio, en mayor medida, el acceso de clientes solventes al mercado de crédito y tiene efectos positivos sobre la tasa de incumplimiento*¹³. No tener un dato negativo no es necesariamente un indicador de solvencia. Esta falsa sinonimia es la que generan los ficheros negativos.

Los ficheros negativos estigmatizan al deudor que por circunstancias fortuitas haya incumplido sus obligaciones, aunque se trate de un incumplimiento aislado. Los ficheros positivos informan del nivel de endeudamiento, de los préstamos asumidos y permiten “limpiar” un dato negativo pasado con datos positivos presentes, lo cual supone un estímulo al buen comportamiento crediticio. Los ficheros negativos son excluyentes y los positivos son inclusivos: permiten la reintegración del deudor y, sobre todo, posibilitan una adecuada valoración de la solvencia. Como gráficamente se ha descrito “un deudor con seis tarjetas de crédito activas que no ha incumplido ninguna de sus obligaciones, puede ser un cliente de mayor riesgo que otro con menos préstamos asumidos que de forma esporádica llevó a cabo un incumplimiento”¹⁴.

En suma, el intercambio de información positiva de solvencia fomenta la inclusión financiera: se presta más y se presta mejor. Cuando el prestamista carece de información fiable, su reacción es la de denegar créditos a personas que deberían ser aceptadas. Con los ficheros positivos, aumenta la tasa de aceptación¹⁵.

Esto se entiende con un ejemplo cotidiano. Un matrimonio casado en régimen de gananciales que tienen tres hijos comunes. Sobreviene el divorcio y el cónyuge custodio pide nuevas tarjetas de crédito en distintas entidades o comercios. La respuesta en un sistema en el que solo se compartan datos negativos es que se le aplique el riesgo promedio. Un divorciado que tiene la custodia de tres hijos tiene un riesgo promedio de impago alto porque estadísticamente son los que impagan. Si el prestamista no puede acceder a sus datos positivos de solvencia, la probabilidad de denegación es alta, o si se le concede una tarjeta *revolving*, el límite disponible será bajo. Por lo tanto, que no fluyan datos positivos genera exclusión financiera para sujetos que no lo merecen.

En definitiva, con los ficheros positivos se lleva hasta sus últimas consecuencias la idea de que el comportamiento pasado es el mejor predictor del comportamiento futuro¹⁶. Para el cálculo de la prima de riesgo del cliente no bastan los ingresos y los bienes que aporta el deudor en garantía, sino que su reputación financiera se erige también en criterio relevante. No cabe duda de que un deudor con patrimonio puede

13 Más extensamente, Cuenca Casas, M., Intercambio de información positiva y funcionamiento del mercado de crédito. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2017 <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1323.pdf>

14 Declaraciones de Tom Quinn (vicepresidente de FICO) en artículo publicado por Paul Davis en el periódico *Financial Times* (UK) el 24 de agosto de 2005.

15 Barron, J y Staten, M. (2003), “The Value of Comprehensive Credit Reports: Lessons from the US Experience.” In *Credit Reporting Systems and the International Economy*, ed., Margaret M. Miller, 273–310. Cambridge, MA: MIT Press p. 282.

16 Miller, M. (2003) “Credit reporting systems around the globe: the state of the art in public credit registries and private credit reporting firms”, en *Credit reporting systems and the international economy*, MIT, p. 25.

incumplir voluntariamente, y viceversa, un deudor con escaso patrimonio puede, con base en su comportamiento positivo pasado, mejorar su *score* crediticio favoreciéndose la inclusión financiera.

B. Permiten el ajuste del coste del crédito a la prima de riesgo sin que se incremente para todos los solicitantes

A la hora de valorar el riesgo crediticio no basta la *capacidad de pago*, sino que también hay que valorar la *voluntad de pago*. Los ficheros positivos dan información sobre la capacidad de pago por cuanto aportan datos sobre el nivel de endeudamiento y también predicen la voluntad de pago. Pero, sobre todo, el aspecto más sobresaliente es que benefician a los buenos pagadores favoreciendo su acceso al mercado crediticio y un abaratamiento del coste en términos de tipos de interés ajustados a la prima de riesgo concreta del cliente sin que tengan que operar sobre la base de riesgo promedio¹⁷.

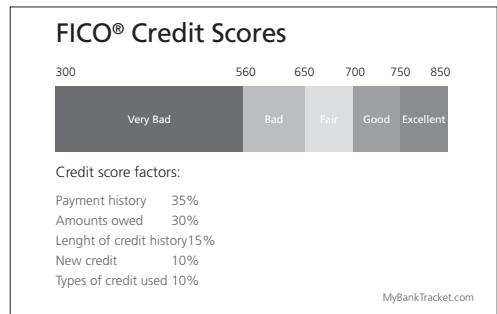
Efectivamente, una de las principales virtudes y de gran impacto macroeconómico de un sistema de información positivo es que permite el *ajuste del coste crediticio a la prima de riesgo real* de cada solicitante, sin que el riesgo de incumplimiento fruto de la selección adversa se propague a los buenos pagadores quienes son premiados. Así sucede en países anglosajones siendo EEUU un modelo en el que este sistema ha triunfado.

La prima de riesgo (*credit score*) se crea teniendo en cuenta datos positivos y negativos de solvencia procesados a través de

algoritmos y fórmulas estadísticas (método FICO en EEUU). No todos los datos tienen el mismo peso para generar el *score*¹⁸. Una vez clasificado el cliente según su prima de riesgo¹⁹, el coste del crédito se determina en función de su propio riesgo de crédito, pudiendo existir diferencias de dos puntos entre un tipo de deudor y otro²⁰.

En España no hay flujo de datos positivos de solvencia y ese déficit de informa-

18 Así, por ejemplo, en EEUU la deuda pendiente tiene un peso de un 35%, el historial de pago un 30%, 15% la antigüedad del historial de crédito (a mayor antigüedad mejor *score* y de ahí el uso frecuente de las tarjetas de crédito en USA), un 10% tipo de crédito utilizado y 10% tipos de crédito usado <https://connectamericas.com/es/content/lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-credit-scoring>



19 Un ejemplo de cómo funciona en EEUU. <https://www.consumerfinance.gov/es/obtener-respuestas/que-es-un-puntaje-de-fico-es-1883/>

Rango de calificación FICO	Clasificación
800 o más	Excelente
740 - 799	Muy Bueno
670 - 739	Bueno
580 - 699	Razonable
580	Deficiente (<i>subprime</i>)

20 En este cuadro adjunto se puede comprobar la diferencia de tipo de interés en función de la distinta clasificación crediticia.

FICO Score	APR	Monthly Payment	Total
760-850	4,240%	\$1,228	\$192,219
700-759	4,462%	\$1,261	\$203,987
680-699	4,639%	\$1,287	\$213,480
660-679	4,853%	\$1,320	\$225,086
640-659	5,283%	\$1,386	\$248,824
620-639	5,829%	\$1,472	\$279,741

17 Santillán R, (2014) "Reglas del funcionamiento de la Central de Información de riesgos del Banco de España", en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, dirigido por Prats Albentosa, L y Cuenca Casas, M, Thomson-Aranzadi, p. 410.

ción se traduce en que los tipos de interés para todos los solicitantes de crédito son de los más altos de la UE²¹. *El crédito es más caro para todos los consumidores en España, tanto en el ámbito del crédito al consumo como en el hipotecario.*

Las bondades de la información positiva han sido reconocidas por el Banco Mundial, que en el primero de los principios señala que para que un SIC cumpla los objetivos que de él se esperan es preciso que los datos que recopile sean pertinentes y suficientes, es decir, necesarios y adecuados para el objetivo que viene a cumplir el SIC, sugiriéndose de manera expresa que tales ficheros incluyan información positiva²².

Obsérvese la importancia que un buen bureau positivo puede tener para activar y dar seguridad *al mercado del alquiler*. Hoy en día el arrendador carece de acceso a cualquier fuente de información de solvencia fiable de su futuro inquilino. Ello genera inseguridad y desconfianza en el mercado, la exigencia excesiva de garantías que dificultan sobremanera el funcionamiento de este importante mercado. Con un bureau positivo el futuro arrendador tendría información de la reputación financiera de su inquilino y muy probablemente se abstendría de solicitar garantías adicionales y se moderaría el precio del alquiler. Muchas veces se aumenta la renta para tratar de llegar a inquilinos con mayor poder ad-

quisitivo. Estas externalidades se limitarían con un modelo en el que se favoreciera el flujo de datos de solvencia positivos que informaran de la ratio de endeudamiento del deudor. La reputación financiera sería en muchos casos suficiente para favorecer la celebración del contrato.

C. Favorece la competencia entre entidades financieras

Un sistema de información crediticia en el que se compartan datos positivos favorece la competencia entre entidades financieras y esto también tiene indirectamente beneficios para el consumidor.

Efectivamente, si los datos positivos del cliente fluyen, éste tiene más posibilidades de cambiar de prestamista porque cualquiera de los que operan en el mercado pueden acceder a su historial crediticio y hacerle mejores ofertas.

Este riesgo de aumento de competencia no estimula a las entidades a compartir datos positivos, lo cual sucede sobre todo cuando el sistema financiero está muy concentrado, como es el caso de España.

Cuando unos bancos tienen muchos más clientes que otros, las entidades de mayor dimensión no tienen interés en compartir datos porque aportan más de los que reciben, luego su incentivo es negativo. Hoy tenemos un sistema financiero muy concentrado básicamente en tres entidades (BBVA, Caixabank y el Banco de Santander). ¿Tendrá el Banco de Santander interés en compartir datos positivos de sus buenos clientes con ING? Obviamente no. Daría más datos de los que recibe.

Cuando las entidades se oponen a compartir datos positivos alegando la regulación del secreto bancario o la necesidad de proteger la privacidad de los ciudadanos, realmente lo que se está encubriendo es un problema de competencia que es

21 Cuenca Casas, M., "Vuelve el préstamo irresponsable, pero ahora al consumo", <https://hayderecho.expansion.com/2018/11/21/vuelve-el-prestamo-irresponsable-pero-ahora-al-consumo/> En España, de media, los créditos al consumo tienen unos intereses del 6,5%. Cifras más altas que en otros países de nuestro entorno, como Italia (5,6%), Francia (4,3%) o Alemania (3,9%). <https://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-pedir-credito-consumo-espana-doble-caro-francia-belgica-iahorro-20210324125343.html>

22 World Bank. 2011. *General principles for credit reporting*. Washington, DC <http://documents.worldbank.org/curated/en/2011/09/16426885/general-principles-credit-reporting>.

lo que está detrás de la falta de regulación de los ficheros que sucede en España. Un problema de competencia se ha disfrazado de privacidad.

D. Previenen el sobreendeudamiento privado

Los datos positivos de solvencia constituyen un ingrediente esencial para que el prestamista pueda cumplir de manera correcta la obligación legal de evaluar la solvencia. La información sobre la ratio de endeudamiento es imprescindible y este dato lo aporta un fichero positivo.

4. Sistema español de información crediticia y valoración crítica

La mayor dificultad que presenta el diseño de un buen sistema de información crediticia radica en lograr un equilibrio con la esencial protección de la privacidad del ciudadano y las indudables ventajas que para el mercado tiene el acceso a información sobre el comportamiento financiero de los particulares. Esta exigencia es común a todo ordenamiento al margen de que se diseñe o no la protección de datos personales como un derecho fundamental y, obviamente, es un problema cuando el deudor es persona física.

El particular debe poder acceder y rectificar la información sobre su persona y que ésta no circule indebidamente. Este aspecto es esencial, por cuanto la actividad de los bureaus de crédito es precisamente la de procesar datos personales para vender informes crediticios a terceros autorizados. Por ello, es imprescindible diseñar un sistema que permita el flujo de información, pero con las garantías suficientes. La tutela del derecho a la protección de datos personales no tiene por qué ser un obstáculo

al flujo de información si se diseña un marco jurídico adecuado.

España sigue un sistema mixto en el que coexiste un Registro público de crédito que es la Central de información de Riesgos del Banco de España con los bureaus privados. Como ya se ha adelantado, la CIRBE recoge información negativa y positiva y su regulación se encuentra en los arts. 59-69 de la Ley 44/2002. Las oficinas privadas de información crediticia o bureaus privados albergan información negativa.

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos²³ a nivel europeo no existe una normativa específica para regular el sistema de información crediticia en el ámbito del Reglamento General de Protección de datos²⁴ (en adelante, RGPD). Sólo el art. 20 de la Ley Orgánica de Protección de datos y garantía de derechos digitales²⁵ (en adelante, LOPD y GDD) se refiere a este tema, abordando una regulación de los ficheros de solvencia negativos. No hay regulación específica para los ficheros positivos de solvencia patrimonial y la cuestión que se plantea es cómo pueden los prestamistas compartir datos positivos de solvencia en el marco del RGPD y de la LOPD y GDD.

A diferencia de la LOPD, el consentimiento no es ya la regla general para legitimar el procesamiento de los datos personales, siendo los demás supuestos, una excepción a la regla general, objeto, por tanto, de interpretación restrictiva. En el RGPD

²³ Así sucede en EEUU, en donde se aborda el problema desde una regulación sectorial (Ley de crédito justo o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) de 26 de octubre de 1970).

²⁴ 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 (Reglamento general de protección de datos).

²⁵ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de derechos digitales.

todas las condiciones de licitud están en pie de igualdad y esta nueva perspectiva debe ser tenida en cuenta a la hora de abordar el enfoque regulatorio de los ficheros de solvencia positivos. De hecho, hay que tener en cuenta que en el Derecho español los datos de solvencia positivos ya fluyen sin consentimiento del afectado cuando las entidades declarantes comparten datos con la CIRBE (art. 60.2 Ley 44/2002). La condición de licitud es el cumplimiento de una obligación legal (art. 6c) RGPD) por la función que cumple de supervisión de solvencia, o gestión prudencial de las entidades de crédito. Así mismo, el Banco de España cumple una misión realizada en interés público, o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento (art. 6.1.e) RGPD). De ahí que se haya dicho que se dan ambas condiciones de licitud del tratamiento de los datos²⁶. Esto en cuanto a la función supervisora. Pero, como se ha señalado, la CIRBE actúa como registro de crédito compartiendo datos con las entidades declarantes datos de operaciones cuyo riesgo acumulado sea superior a 1.000 euros, con objeto de facilitar el cumplimiento por parte de las entidades de crédito de la obligación legal de hacer un seguimiento del riesgo de crédito de sus activos, y evaluar la solvencia de sus potenciales clientes²⁷.

Respecto del título de legitimación para el procesamiento de los datos posi-

26 Pascual Huerta, P., "Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del Reglamento General de Protección de datos de la UE", en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson- Aranzadi, 2017, p. 233.

27 Art. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, y el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Circulares 4/2004, 5/2012, 2/2016 del Banco de España, la Directiva 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 575/2013). Artículo 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

vos de solvencia por parte de los bureaux privados, se ha defendido, y así lo sigue haciendo la Agencia de Protección de Datos²⁸ que se requiere el consentimiento del afectado. Y ello a diferencia de los ficheros negativos en los que tal consentimiento no se exige, presumiéndose lícito su tratamiento (art. 20 LOPDy GDD).

Sin embargo, como explicaré seguidamente, esta diferencia de trato no está justificada y es perniciosa para el sistema. No hay que olvidar que con el nuevo RGPD se ha reforzado el consentimiento como condición de licitud. Debe ser informado y cualificado, siendo preciso que con carácter previo se informe a las personas de los fines concretos para los que se requiere su autorización (principio de calidad de los datos), tal y como se recoge en el art. 5.1 a) RGPD y art. 6 LOPDGDD.

Conviene destacar el hecho de que el art. 7.3 RGPD establece que *"el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo"*.

Dada la regulación vigente ¿es una opción razonable que el consentimiento sea un título de legitimación del tratamiento de los datos de solvencia patrimonial?

Cuando de datos negativos se trata, es obvio que no, puesto que ningún ciudadano prestaría voluntariamente el consentimiento a que el resto de acreedores conocieran su condición de incumplidor. De ahí, que antes de la aprobación del RGPD, en el ámbito de la LOPD de 1999, la ley

28 Agencia de Protección De Datos, Informe 028891/2019. <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0081.pdf> (Consultado el 10 de enero de 2021).

estableciera expresamente la legitimación del tratamiento de los datos de solvencia negativos sin el consentimiento del afectado (art. 29.2 LOPD). Ello era posible en el ámbito de la derogada LOPD en la medida en que permitía que el consentimiento no fuera exigido cuando así lo dispusiera la ley (art. 6.1 LOPD). Pero en el RGPD la ley no aparece como fuente de licitud del tratamiento de los datos. Las causas de licitud del tratamiento son única y exclusivamente las previstas en el art. 6 RGPD.

Por esta razón, el art. 20 LOPDGDD ha tenido que recurrir a la *“presunción de licitud de tratamiento de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia”*. Una presunción *iuris tantum* que opera cuando se den los requisitos que la norma establece

El consentimiento, tal y como está diseñado en el RGPD, no es la vía adecuada para legitimar la licitud de los datos de solvencia positivos, al igual que tampoco lo es para los datos negativos. Tal y como dispone el art. 7.2 RGPD *“si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible, y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo”*. Ello genera costes adicionales para el responsable del tratamiento de los datos, en tanto cuando se recoja en el marco de un contrato, debe separar el resto de elemento de éste, asunto que eleva la complejidad de los formatos.

Pero lo más importante es que se permite que el interesado pueda *“retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el*

consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo” (art. 7.3 RGPD). Este planteamiento que desde el punto de vista general puede ser válido, aplicado a los ficheros de solvencia patrimonial, puede ser letal. Una persona sobreendeudada podría retirar libremente su consentimiento a que se comparta información sobre su solvencia a un bureau de crédito. La aplicación del RGPD supondría que el titular de los datos puede ocultar dicha información y ello no tendría repercusiones en el propio interesado, sino que, como he señalado repetidamente, puede generar asimetrías de información que dificulten el cumplimiento de la obligación legal de los prestamistas de conceder préstamo de manera responsable.

La eficiencia de un sistema de información crediticia se basa en la calidad y exhaustividad de los datos. Un fichero de solvencia incompleto es ineficaz. De ahí que se haya hablado de la *“paradoja de los sistemas de información crediticia”*: un fichero de solvencia en el que sólo están incorporados los datos de los clientes que voluntariamente aceptan su inclusión y que, aun aceptándola, pueden en cualquier momento revocar su decisión, no tiene razón de existir. Y ello porque los clientes que no querrán constar en el fichero serán aquéllos que tienen datos negativos o un nivel alto de endeudamiento y precisamente los datos de sujetos con este perfil negativo de solvencia son los que deben constar en el fichero y los que el sistema de información crediticia quiere identificar. El sistema será incompleto no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo porque faltarán los datos más relevantes para los acreedores: los de los sujetos que tienen más deudas asumidas.

En el Anteproyecto de LOPD y GDD se decía de manera expresa (art. 14) que era necesario el consentimiento para el procesamiento de datos positivos de solvencia²⁹ y, sin embargo, esta exigencia expresa no pasó al texto legal.

Esta supresión de la necesidad expresa de consentimiento para que los acreedores puedan compartir los datos positivos al bureau de crédito refleja, a mi juicio, que la licitud del tratamiento de tales datos es otra y no el consentimiento. Y ello es lógico, porque la eficacia de un sistema de información crediticia es incompatible con un sistema que deja en manos del titular de los datos la decisión de inclusión para ocultar su situación de sobreendeudamiento o de morosidad.

La condición de licitud para procesamiento de datos positivos de solvencia patrimonial debe ser 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*” (art. 6.1. f) del RGPD). A pesar de justificarse el tratamiento de datos sin consentimiento, cabe que el interesado se oponga a los mismos (*opt ut*), tal y como dispone el art. 21 RGPD.

La mera invocación de un interés legítimo no es suficiente para legitimar el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del afectado. En cada caso concreto será necesario hacer una ponderación entre el interés legítimo de quien va a tra-

tar los datos y los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, a los efectos de valorar cuál prevalece en el caso concreto. Hay que valorar si el procesamiento de los datos es necesario para satisfacer dicho interés legítimo. Como se ha señalado al tratar de las ventajas de los ficheros positivos, que se aporte información positiva es una herramienta necesaria para una adecuada evaluación de la solvencia, puesto que se informa del nivel de endeudamiento de los particulares. Un solicitante de crédito que no tiene datos negativos de solvencia no necesariamente es un sujeto solvente puesto que puede tener muchos pasivos asumidos. Por ello, la estabilidad del sistema financiero y el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia exigen como herramienta necesaria mecanismos que eviten que se generen asimetrías de información. Como reconoce el Banco Mundial³⁰ debe compartirse información positiva para que el sistema opere de forma eficiente. Informes empíricos avalan el carácter necesario del procesamiento de los datos positivos para que sea efectiva la evaluación de la solvencia y se lleve a cabo una prevención eficaz del sobreendeudamiento privado. Así lo reconoció el TJUE en sentencia de 23 de noviembre de 2006 (asunto C-238/05). No tiene sentido diseñar un SIC que no aporte una información completa sobre el perfil de riesgo del potencial cliente.

Lo que no me parece sostenible es que se considere legítimo que los prestamistas compartan información negativa sin consentimiento del titular de los datos (así lo hace el art. 20 LOPDGDD y en todos los países) y, en cambio, se entienda que no es legítimo el interés cuando de información positiva se trata. Si se admite en un supuesto, debe admitirse en el segundo

29 “Será igualmente lícito el tratamiento de datos referidos al cumplimiento por los afectados de sus obligaciones dinerarias, financieras y de crédito por los sistemas de información crediticia siempre y cuando el afectado hubiere dado su consentimiento al tratamiento de dichos datos (...).”

30 World Bank, *General principles for credit reporting*, cit.

porque la información positiva no es más sensible que la negativa. Es evidente que ningún deudor daría su consentimiento (si así se exigiese) para que se comparta su información negativa de solvencia. Sería intolerable admitir un sistema en que los incumplidores pudieran ocultar este dato negativo en aras a la protección de la privacidad. Igual de intolerable me parece que un particular pueda, con base en la protección de sus datos personales, ocultar su nivel de endeudamiento (que es lo que incluyen los ficheros positivos), dificultando el cumplimiento de su obligación de evaluación de la solvencia.

En esta línea de legitimar el flujo de información positiva sin necesidad del consentimiento del afectado se mueven los arts. 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI)³¹. El primero de ellos se ocupa de regular la obligación del prestamista de evaluar la solvencia, para lo cual le exigen tener en cuenta entre otros factores, “los compromisos ya asumidos” por el potencial prestatario. Es decir, se exige conocer información positiva.

Por otro lado, el art. 12 LCCI, además de exigir al prestamista la consulta del historial crediticio del solicitante en la CIRBE y en oficinas privadas de información crediticia, señala que *“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 a persona titular del Ministerio de Economía y Empresa”.

La ley habilita a los prestamistas para comunicar *datos positivos* a las oficinas privadas de información crediticia sin consentimiento del afectado ¿Qué incidencia tiene esta nueva regulación desde el punto de vista de la normativa de protección de datos? Esta habilitación legal refuerza la concurrencia de interés legítimo como condición de licitud del tratamiento de los datos positivos y la falta de necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos para compartirllos con los bureaux de crédito. La norma no obliga a compartir datos con los bureaux de crédito, por lo que la condición de licitud no sería el del cumplimiento de una obligación legal en este sentido (art. 6.1c) RGPD).

Esta modificación legal no sólo afecta al crédito inmobiliario, sino también al crédito al consumo. La Disposición adicional duodécima del LCCI modifica la LCC en relación con la información en materia de contratos de crédito al consumo.

En suma, si se establece la obligación legal de consulta de historial crediticio y se habilita a los prestamistas para nutrir de datos a las oficinas de información crediticia, el interés legítimo queda acreditado, pues tales obligaciones constituyen el instrumento necesario para cumplir la obligación de evaluar la solvencia, que es la que en última instancia convierte dicho interés en legítimo. Existe un interés legítimo del responsable del tratamiento y de los terceros que consultan los ficheros cuando lo hacen para valorar la solvencia del titular de los datos. Por lo tanto, se cumple con la legalidad del RGPD cuando se ceden datos positivos de solvencia patrimonial sin consentimiento del afectado. El título de legitimación será el interés legítimo que, no obstante, deberá valorarse en cada caso por el responsable del tratamiento y, en

31 Más extensamente, Cuenca Casas, M., La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* / coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 2020, págs. 175-235.

su caso, por los tribunales. Por lo tanto, el consentimiento no necesariamente debe ser el título de legitimación para el procesamiento de los datos.

Como conclusión cabe decir que el flujo de datos positivos de solvencia constituye un mecanismo de protección de consumidor frente al sobreendeudamiento, favorece el control del préstamo responsable, la inclusión financiera y el ajuste del coste de crédito a la prima de riesgo de cada consumidor. Es además un instrumento que permite introducir competencia en el sistema financiero, lo que redundará en mejores condiciones para los consumidores.

La protección del derecho fundamental a la protección de datos personales no debe ser un obstáculo para la admisión de los ficheros positivos de solvencia. Tal derecho debe ser adecuadamente garantizado y no necesariamente a través del consentimiento del afectado. La clave está en la transparencia: que el ciudadano esté informado de qué personas tienen acceso a sus datos y a que los mismos sean exactos.

La mera invocación de un interés legítimo del responsable no es suficiente para legitimar el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del afectado. En



Escuela francesa, *Allegory of Justice Baffet*, 1792

cada caso concreto será necesario hacer una ponderación entre el interés legítimo de quien va a tratar los datos y los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, a los efectos de valorar cuál prevalece en el caso concreto.