

DE LA IGLESIA MONJE, Isabel. *El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*. Dykinson, 2021.

por

CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ

Catedrática de Derecho civil

Universidad Complutense de Madrid

Con el descriptivo título «El allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor» se ha publicado la última monografía de la profesora Isabel DE LA IGLESIA MONJE, precedida de un sugerente prólogo del profesor YZQUIERDO TOLSADA, cuya lectura recomiendo.

Publicado por Dykinson, en su colección de monografías de Derecho civil, con una estructura dividida en cuatro grandes capítulos, y con unas conclusiones finales, se inicia el trabajo con un apartado introductorio de aproximación a la figura. Se trata de un estudio documentado, con una extensa bibliografía, y una importante aportación de pronunciamientos de los Tribunales que se van insertando a medida que se desarrollan los diferentes aspectos a tratar y que pretende acercar al lector a una figura, no nueva, pero sí falta de una visión de conjunto y sistemática, propiciada especialmente por la presencia de relaciones familiares cada vez más diversas.

Con una descripción detallada de los diferentes supuestos en los que puede aparecer la persona del allegado, especialmente derivados de la pluralidad de modelos de convivencia existentes en el momento presente, así como de las complejas afinidades a las que dan lugar las técnicas de reproducción asistida, se fija ya que el estudio se detendrá especialmente en el derecho de relaciones personales de los allegados con los menores, intentando crear un estatuto que abarque la protección jurídica, económica y social, tanto del menor como del allegado y la familia, presidido por el principio del interés del menor, el libre desarrollo de su personalidad y su autonomía personal.

— El capítulo primero se dedica al estudio del marco legal del allegado y a la mención de algunas propuestas de reforma del Código. Para ello se aborda con carácter previo un análisis de la normativa que a lo largo de los últimos años se ha ocupado de particularizar los derechos que asisten a los menores, especialmente derivada de Convenios y Tratados Internacionales, que van destacando la trascendencia del derecho del menor a mantener relaciones personales, no solo con sus padres, sino con otros sujetos. Se contiene una exposición de las modificaciones del Código civil, así como de la jurisprudencia europea que se ha ocupado de la materia, y de la presencia del círculo social del menor en otros ámbitos, como, especialmente, el sanitario.

El capítulo concluye con una detallada exposición de los ordenamientos autonómicos, fundamentalmente el de Cataluña, en el que su Código permite incluso atribuir la guarda al cónyuge o pareja del progenitor difunto. Tales derechos de custodia, explorados en derechos del norte de Europa desde hace tiempo, presentan, sin duda, una serie de ventajas para el menor que se ha integrado plenamente en una relación familiar que podría llegar a perder mediante el establecimiento de una tutela a favor de otros parientes.

La confrontación de los diferentes marcos legales lleva a la autora a reclamar una modificación de algunos preceptos del Código con el fin de atribuir al allegado una serie de derechos, llegando incluso a proponer la inclusión de una norma que concrete con claridad «el distinto perfil del allegado», «la garantía de su efectividad», «la extensión», «la posible convivencia del menor con un guardador», «el seguimiento, vigilancia y control de la efectividad de las medidas por el Ministerio Fiscal y por el juez», y «la posible delegación de la custodia del menor». Con sus concretas propuestas manifiesta la profesora DE LA IGLESIA su intención de suscitar un debate abierto sobre todas y cada una de estas cuestiones para adaptar el estatuto del allegado a los cambios que se vayan produciendo.

— En el capítulo segundo se afronta la elaboración de una teoría sobre el concepto del allegado, su naturaleza jurídica y su vinculación con la familia; así como una diferenciación de los parientes afines. Tras una primera aproximación al concepto adelanta la autora una definición como «persona que se halla en el círculo o entorno social del menor», formando una auténtica red social sobre la que asentar unas relaciones personales garantistas. De las notas que podrían servir para caracterizar la figura se señala especialmente, aparte de la relación personal y la convivencia, una función asistencial, un referente en la socialización del menor, la presencia de una institución jurídica quasi familiar (extremo que se deduce del tratamiento de la materia por los Tribunales europeos), así como la constatación de una red activa cooperadora.

Se ocupa la profesora DE LA IGLESIA de plantear las posibles diferencias con el concepto de afinidad, más afianzado en los ordenamientos, analizando una rica casuística sobre posibles situaciones reales que además proporcionan el marco para observar que se trata de realidades cambiantes, pasando, por ejemplo, de ser progenitor a ser allegado en los casos en que prosperen los procedimientos de impugnación de la filiación, o a alejarse, acercarse o mantenerse en el círculo de las relaciones con el menor según la realidad que acompañe a rupturas matrimoniales. Las diferentes posibilidades de relación y sus vicisitudes, especialmente en el caso de familias ensambladas, darían lugar, en términos textuales de la autora a tres grupos diferentes, que se van abordando sucesivamente destacando sus particularidades:

— «Aquellos en los que existe la figura paterna o materna, con o sin patria potestad, donde surge la *figura del allegado como tercero no pariente* que se encuentra dentro del círculo social convivencial del menor y a quien se le dota de la posibilidad de continuar manteniendo comunicación, relación y visitas con el mismo.

— Aquellos en los que puede que haya padres, y tutor y con quien conviva el niño sea el allegado que ejerce funciones de *guardador*.

— Y, aquellos, en donde no existe ni figura materna ni paterna y los allegados son los responsables directos del menor y actúan como *tutores y guardadores del mismo*.

— El capítulo tercero se ocupa del derecho de relaciones personales otorgado a los allegados. Derecho de relaciones que abarca situaciones como las visitas, las propias relaciones personales y la comunicación. Como se reconoce desde el principio del trabajo es esencial el análisis de la casuística, lo que, a falta de acuerdos voluntarios, le corresponderá al juez, quien deberá estudiar cada uno de los casos a resolver.

Tras un detallado análisis sobre las diversas posiciones doctrinales formuladas en cuanto a la naturaleza que podría atribuirse al derecho de relaciones personales, se estima por la autora tratarse de un derecho personal, de carácter familiar que asistiría a ambos sujetos (el menor y el allegado), de tipo compartido o bidireccional; relativo, en el aspecto de estar supeditado a circunstancias concretas; atribuible a diferentes personas; de eficacia temporal; y carácter variable, entre otras notas propias. Dentro de su contenido dedica una especial atención al interés del menor como criterio prioritario que preside cualquier interpretación o aplicación de los derechos del menor. A la hora de detallar el ejercicio del derecho destaca la presencia de terceras personas, como son los progenitores, que se consideran igualmente implicados en el ejercicio del derecho de relación personal, quienes no deben obstruir el ejercicio del mencionado derecho.

La postura del menor, como titular de este derecho, se aborda con detenimiento atendiendo, nuevamente, a la casuística y a las diversas situaciones en que puede encontrarse, tanto desde el punto de vista de su edad y situación personal, como de la sujeción a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, lo que obliga al juez a tener que detenerse en la observación de todas esas realidades. Precisamente el capítulo continúa con una descripción del proceder que corresponde a la autoridad judicial.

A la hora de estudiar el nacimiento de este derecho, cuyo origen tan solo se contempla por el legislador mediante resolución judicial, aborda la autora su posible establecimiento mediante pactos con diferentes sujetos según la casuística propia de la situación, teniendo en cuenta los límites que afectan a las decisiones de las partes y el alcance de su poder de regulación, especialmente cuando se adoptan decisiones con carácter previo.

El capítulo cuarto, el más extenso de la monografía, se dedica al contenido de este derecho de relación, desarrollando el conjunto de derechos y obligaciones del mismo, según la perspectiva de cada una de las personas presentes (allegados, menores y progenitores). Se analiza, como si dijéramos, la vida o vicisitudes de este derecho a lo largo de su extensión temporal (como su modificación, denegación, suspensión o extinción), así como su contenido propio.

Es en la parte correspondiente al allegado donde se despliega la mayor parte del contenido del derecho de relación, englobando tanto obligaciones de carácter personal, de cuidado, afectividad, educación, etc., como de contenido económico o asistencial apropiados a las relaciones presentes. Con una destacada visión práctica, evidenciada por un importante aporte jurisprudencial, y con la ayuda de lo resuelto en ordenamientos autonómicos, la autora va desgranando cómo el derecho se ve condicionado atendiendo a la situación en la que se encuentre el menor, variando en los supuestos de relaciones especiales, como la guarda de hecho, el acogimiento, o incluso los casos en los que el allegado es curador o defensor judicial del menor. Como parte del contenido se recoge en el libro la posible responsabilidad del allegado por los actos cometidos por el menor (incluso tipificados penalmente), especialmente cuando el mencionado allegado tiene

la consideración de guardador, analizando los presupuestos de los que pudiera derivar esta responsabilidad.

De la observación de este derecho se contempla también la hipótesis de negativa de las relaciones adoptada por parte de los Tribunales, atendiendo a la solicitud de las diferentes personas que quedan implicadas en el ejercicio del derecho.

— La monografía termina con unas conclusiones en las que se lleva a cabo una síntesis de los diferentes argumentos, identificación de problemas y posibles soluciones, descripción del estado de la cuestión, y propuestas *de lege ferenda* en las que la autora confirma lo que ha ido poniendo de manifiesto a lo largo del libro, con la intención de dotar de un estatuto jurídico al derecho de relación personal entre menor y allegado. Resumiendo el significado de la investigación querría cerrar con la siguiente cita textual: «Estamos ante una institución nueva, presente en nuestra realidad social y jurídica, que hay que equilibrar con la protección jurídica, económica y social del menor, y de la familia actual en sus diversas modalidades, donde debe primar el interés superior del menor, el principio del libre desarrollo de su personalidad y su autonomía personal».

Desde luego, el libro presenta un estudio de una materia de máxima actualidad, y reclamada de un tratamiento homogéneo y sistemático. Los nuevos modelos familiares que vienen proliferando en la sociedad actual, junto con la notable extensión de la presencia de familias reconstituidas exige delimitar, en la medida de lo posible, el concepto de allegados, que aquí se circscribe a la cuestión de las relaciones personales, pero que, sin duda, en el futuro irá teniendo consideración en otro tipo de derechos, como puedan incluso ser los sucesorios siguiendo la inspiración de países en los que ya se tiene en cuenta esa realidad.

El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad. Pedro BOTE-LLO HERMOSA, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 188 páginas.

por

ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Almería

Quienes nos dedicamos al estudio del Derecho no podemos mirar hacia otro lado ante la realidad cotidiana a la que se enfrenta una parte de la ciudadanía que, por su vulnerabilidad, tiene serias dificultades para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

El derecho a una vivienda digna y adecuada está consagrado en diversos Tratados internacionales, como el Pacto Internacional de los Derechos Sociales Económicos y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como en el artículo 47 de nuestra Constitución española. Es, además, uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.

Las personas con discapacidad experimentan quiebras sustanciales en el goce del derecho a tener un hogar que les permita ejercer su autonomía personal

y llevar una vida independiente. Este colectivo registra un índice de pobreza de un 70% superior a la media, lo que es debido, en gran parte, a las escasas oportunidades de acceder al mercado laboral, lo que lo coloca en una situación de discriminación y exclusión social. Nadie, por razón de discapacidad, debe quedar excluido del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, una necesidad social básica para cualquier ciudadano que debe ser debidamente garantizada.

Con pingües ingresos económicos y cuantiosos gastos que afrontar por razón de la discapacidad, el acceso a la vivienda a través de la compraventa o el arrendamiento resulta harto difícil. Ante esta realidad y en búsqueda de otras alternativas, Pedro BOTELLO HERMOSA, autor de la obra, centra su atención en una solución habitacional creada por el legislador español en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la cual dio nueva redacción al artículo 822 de nuestro Código civil. En dicho precepto se aprecia un derecho de habitación a favor de un legitimario que tenga reconocido un grado de discapacidad psíquica igual o superior al 33% o bien física o sensorial igual o superior al 65%. Tal derecho habitacional presenta dos modalidades, una de origen voluntario al constituirse mediante donación o legado testamentario y otra nacida por ministerio de la ley aunque no de creación automática pues su constitución ha de ser interesada por el beneficiario. Ninguna de las dos se computa en el cálculo de la legítima del habitacionista, ventaja esta que hace de este derecho real un mecanismo jurídico de suma utilidad para satisfacer la necesidad básica de vivienda del familiar con discapacidad.

Antes de dar comienzo al análisis pormenorizado del contenido de la obra realizaré algunas consideraciones que avalan la solidez científica de este trabajo y de las reflexiones y propuestas vertidas en él. En primer lugar, el Dr. Pedro BOTELLO HERMOSA, profesor de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, cuenta con una sólida trayectoria investigadora en materia de discapacidad, la cual inició con su Tesis Doctoral titulada «*La sustitución fideicomisaria. Resurgimiento de una de las figuras más importantes del Derecho Sucesorio Español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente*», la cual fue galardonada con el Premio extraordinario de Doctorado de la Universidad de Sevilla. En segundo lugar, el hecho de que la obra es el producto científico de un proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación financiado dentro del Plan Nacional I+D+i, en concreto, el Proyecto PID2019-105489RB-I00, «Vulnerabilidad Patrimonial y Personal: retos jurídicos», del que son investigadoras responsables las profesoras M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO y Sofía DE SALAS MURILLO, así como del Grupo de investigación PAIDI (SEJ 617) «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado», del que es responsable la profesora Inmaculada VIVAS TESÓN.

El autor estructura, de una manera lógica y clara, su estudio monográfico, el cual se articula en tres capítulos.

El primer capítulo acerca al lector al derecho de habitación, un derecho real limitado de goce que nuestro Código civil regula junto a los de uso y habitación, tres derechos diferentes que, no obstante, en ocasiones suelen ser confundidos, razón por la cual se procede a señalar las similitudes y desemejanzas existentes entre ellos.

El capítulo segundo es, sin lugar a dudas, la parte medular de la obra. En ella el profesor BOTELLO HERMOSA realiza un análisis crítico del derecho real de habitación introducido por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, norma que el autor considera un avance importante

porque abre espacios de libertad en el entorno jurídico de la persona con discapacidad, sobre todo, en el ámbito patrimonial.

Con carácter previo, se realiza un breve apunte de las reformas que dicha norma acometió en el Derecho sucesorio español, singularmente, la causa de indignidad sucesoria por no prestarse las atenciones debidas durante su vida a una persona con discapacidad, la posibilidad de gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la dispensa de colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades de sus hijos o descendientes con discapacidad, así como las facultades concedidas por el testador a favor del cónyuge supérstite para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que, en opinión del profesor BOTELLO, constituye una figura de protección patrimonial «*indirecta*» de las personas con discapacidad.

A continuación, se estudia pormenorizadamente el artículo 822 del Código civil y el derecho de habitación «extraordinario» que en él se contempla en sus dos modalidades, la voluntaria y la legal. Se desgranan los requisitos comunes tanto al derecho de habitación del legitimario con discapacidad constituido por voluntad del causante como por ministerio de la ley, el inmueble objeto del mismo, la convivencia exigida entre la persona con discapacidad y el propietario del inmueble, la tangibilidad cuantitativa de la legítima a través del derecho de habitación extraordinario, su contenido y sus causas de extinción.

La deficiente y escasa redacción del artículo 822 del Código civil llevaría, inevitablemente, a pensar que será oportunamente enmendada por el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, una iniciativa legislativa de enorme calado muy esperada desde hace muchos años, que el Consejo de Ministros aprobó el 17 de julio de 2020 remitir a las Cortes generales. Sin embargo, como señala el profesor BOTELLO HERMOSA en el tercer capítulo de su obra, si bien el legislador aprovecha la ocasión para modificar la redacción del citado precepto, se limita, de forma incomprensible, a sustituir el término «persona con discapacidad» por el de «persona con discapacidad física, psíquica o sensorial» como posibles beneficiarios del derecho de habitación, de modo que no se disipan las dudas e interrogantes que suscita su texto actual. Ante ello, el autor, buen conocedor de la materia, propone las modificaciones que, en su opinión, debería afrontar el legislador y que, tal vez, pudieran aún ser tenidas en cuenta en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

Por último, realiza un interesante planteamiento en relación al derecho de habitación de origen legal, dado que no es de creación automática sino que exige un acto expreso de constitución por parte del beneficiario, quien, en concreto, es un legitimario con discapacidad. Así las cosas, podría darse el caso de que, aun cumpliendo los requisitos para convertirse en habitacionista, podría verse privado del derecho de habitación que legalmente le corresponde si no exige en tiempo su preceptiva constitución. Para evitarlo, Pedro BOTELLO HERMOSA se centra en la importancia que alcanza la fase de actuación notarial previa al otorgamiento de un documento público y, a semejanza de lo previsto por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en aras de la protección de los derechos del consumidor, propone que en aquellas herencias en las que el causante conviviese con un legitimario con discapacidad, el notario, antes de proceder a la firma de la aceptación hereditaria, quede obli-

gado a acreditar con un acta notarial que informó previamente al beneficiario del derecho de habitación que le corresponde por disposición de la ley en caso de necesitarlo, así como de la exclusión de su valor en el cómputo de la legítima. Como afirma el autor, «con la inclusión de dicha medida se daría más sentido a una institución jurídica tan importante».

En esta monografía se detecta, con suma facilidad, el compromiso que los operadores jurídicos tenemos con la sociedad presente y futura, así como con sus ciudadanos en la garantía de sus derechos y libertades fundamentales. Los juristas de hoy tenemos una misión generacional que cumplir, de agradecimiento a la generación que nos precede y de legado para la siguiente. De este modo, la voz jurídica de Pedro BOTELLO HERMOSA, a través de sus posibles respuestas a interrogantes y de sus valientes propuestas al legislador para llevar a cabo los cambios que la realidad reclama reconforta a quienes creemos en la igualdad jurídica de todas las personas, también de los cuatro millones de españoles que, por razón de su discapacidad, viven en condiciones socialmente desfavorecidas.

Quiero acabar esta recensión con mi felicitación a su autor por un trabajo bien hecho, cuya lectura y detenido examen recomiendo por ser un referente y valiosa aportación en una temática especialmente sensible que supone un avance del conocimiento y saca a la luz una concreta problemática que enfrentan las personas con discapacidad.

Sistemas privados de información crediticia. Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable, Estudios Jurídicos de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 (421 págs. incluyendo Bibliografía y jurisprudencia), de M.^a Dolores MAS BADÍA

por

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ

Profesora titular de Derecho civil

Universidad de Deusto

1. INTRODUCCIÓN

La monografía publicada por la profesora MAS BADÍA en fechas muy recientes (el ejemplar que he manejado llegó a mis manos cuando la obra llevaba dos días en el mercado) fue elegida con el propósito —difícil de lograr— de encontrar respuestas a algunos de los muchos interrogantes que plantean los sistemas privados de información crediticia en general y el deseo de llegar a alguna conclusión clara sobre cuáles son los límites para su implementación en la regulación actual y las implicaciones legales que supone su utilización. La lectura de otros trabajos previos de la autora sobre el tema y el reconocimiento público de esta monografía que mereció el premio *Estudios jurídicos* de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, en su IV edición concedido por unanimidad (al que se hace referencia en el prólogo del profesor BLASCO GASCO), eran indicios suficientes de la calidad del trabajo, expectativas que, en honor de la verdad, he decir que resultaron completamente colmadas tras su lectura.

El tema sobre el que versa el libro que es objeto de recensión «Sistemas privados de información crediticia» es uno de los que hace años me vienen interesando por la imbricación directa con otros mecanismos de prevención de insolvencia de las personas físicas (empresarios o no) en los que he tenido ocasión de trabajar y de los que aquel es un complemento imprescindible. Como advierte la autora, del acierto en la valoración de la solvencia del deudor (a la que en última instancia sirven los sistemas de información crediticia) depende que no se generen pérdidas para las entidades concedentes de crédito (y por ende la existencia de un mercado de crédito estable y saneado al que puedan acceder quien necesita obtener financiación) pero también que se impidan indeseables situaciones de exclusión financiera o de sobreendeudamiento excesivo perniciosas para el deudor (que, en su caso puedan desembocar en insolvencia) y para el interés general¹.

Dicho de otro modo, si el sobreendeudamiento es la causa del incumplimiento del deudor, es de suponer que una adecuada valoración del riesgo asumido por el acreedor impedirá una concesión excesiva de crédito que, a su vez, evitará que el deudor incurra en un incumplimiento generalizado de sus obligaciones y, en última instancia redundará en beneficio del sistema financiero.

La relación entre los sistemas de información crediticia y la valoración de la solvencia es evidente: estos sistemas son una de las principales fuentes de información sobre solvencia de las que se puede servir el prestamista. Ciertamente la mera comunicación y/o consulta de datos sobre el crédito no bastan para que dicho sujeto pueda cumplir con su obligación de evaluar la solvencia del cliente (algo que en el caso de que aquel se limite a la mera comunicación de estos datos deberá hacer con carácter previo), aunque es evidente que un correcto diseño y funcionamiento de estos sistemas constituyen una pieza fundamental del tratamiento legal de una concesión de «crédito responsable» (noción que introducen algunas normas sectoriales a las que después nos referimos).

La utilidad teórica de los sistemas privados de información crediticia, que en la práctica solo funcionan en España como sistemas negativos, se intuye fácilmente: la mera consulta de estos puede abortar la posibilidad de obtener crédito de un deudor que protagonizó incumplimientos pasados. Ciento es que con mayor dosis de certeza se conocen los posibles riesgos y excesos que resultan de la aplicación de estos sistemas (desde la «molesta» aparición en ficheros de morosos hasta indeseables situaciones de exclusión financiera o deterioro injustificado de la reputación crediticia), que incluso cuando el uso de los datos se realiza en ámbitos diferentes al mercado de crédito se pueden utilizar con fines para los que no fueron tratados (vgr. mediante su utilización por empleadores). Las dificultades, en teoría, se incrementan con los llamados sistemas de información positivos (que incorporan datos positivos de solvencia), ya que al ser el tipo de información que se comparte más amplia, será necesario precisar cuál ha de ser el contenido, cantidad y calidad de la información compartida. Pero, a pesar de esta realidad, no por ello se puede —ni se debe— renunciar a uno de los instrumentos más valiosos para obtener información sobre solvencia de los que puede servirse el prestamista; sobre todo, los llamados sistemas mixtos, cuyas ventajas, como se explica en la obra, compensan con creces las dificultades apuntadas (como lo demuestra el carácter mixto de la CIRBE). Parafraseando la cita que realiza la autora de la obra «La segunda era de las máquinas», no podemos sacar el martillo y acabar con estos instrumentos, ya que, como sucede con otras nuevas realidades, son muchas las oportunidades que generan, aunque también se acentúen los riesgos².

II. LOS SISTEMAS PRIVADOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA. FACTORES QUE EXPLICAN SU CREACIÓN Y REGULACIÓN POSITIVA

En la monografía que es objeto de recensión se hace un estudio exhaustivo de los sistemas privados de información crediticia en general y, en particular sobre su regulación en el ordenamiento jurídico español, tanto los llamados sistemas de información negativa (con toda seguridad su manifestación más conocida, los llamados registros o ficheros de impagados o de morosos) como los de información positiva (es decir, sobre aspectos relacionados con la solvencia de quien quiere acceder al crédito).

Los sistemas privados de información crediticia, que es uno de los principales instrumentos de los que se nutren los concedentes de crédito para la valoración de la solvencia, de manera más o menos sofisticada han existido siempre. ¿Qué ha llevado al legislador a su incorporación a leyes que regulan el Derecho privado? Descartando que esto sea solo una consecuencia del esfuerzo —o «manía»— de legislar sobre cualquier aspecto, este es uno de los primeros interrogantes que surgen al reflexionar sobre el tema.

Los factores concretos que explican la nueva regulación de los sistemas de información crediticia en España son objeto de explicación cumplida por la profesora MAS BADÍA en su introducción³. Pero por encima de todos ellos, interesa resaltar, como hace la autora, que, frente a otros planteamientos más economicistas (como el estadounidense), la regulación europea nace ligada a la protección de los derechos fundamentales del deudor, como el derecho al honor y, sobre todo, el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

De acuerdo con ello, en España la regulación básica de los sistemas de información crediticia ha tenido lugar en las sucesivas Leyes Orgánicas de protección de datos, que han venido regulando de manera específica el tratamiento de los datos personales sobre solvencia hasta la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD). Esta última Ley se dicta en desarrollo del Reglamento (UE) 2016/679, 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 (en adelante, RGPD). Es sabido, aunque conviene recordarlo, que este Reglamento delegó en el legislador nacional la regulación de los sistemas de información crediticia, lo que ha dado lugar a una gran diversidad entre los diferentes sistemas de los Estados miembros, que subsiste hasta la actualidad. Todo ello, como justificadamente reprocha la autora, en contra de la filosofía que informó la utilización de un reglamento de aplicación directa en lugar de una directiva para avanzar en la homogeneización de los ordenamientos de los diferentes Estados.

En paralelo, la regulación sobre sistemas privados de información crediticia en España está ligada a las exigencias específicas de transparencia y de protección del cliente de servicios bancarios, que es el sector en el que comienza a elaborarse la noción de «préstamo responsable»⁴. Esta misma exigencia se reitera en otras normas de protección del consumidor (y, en su caso, del trabajador autónomo) en las que también se introducen referencias concretas a los sistemas privados de información crediticia. Es el caso de los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC) y después la LCCI a la que ya nos hemos referido, que introduce novedades importantes para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación (cuya disposición adicional duodécima hace extensiva a los contratos de crédito al consumo comprendidos en la LCCC).

III. IDEAS CENTRALES Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El trabajo realizado por la profesora MAS BADÍA gira en torno a una idea central o clave, a saber, que existe una relación —inevitable— entre los sistemas de información crediticia y la necesidad de proteger los derechos fundamentales del afectado (derecho al honor y derecho a la protección de los datos personales), razón por la que el estudio se ciñe al tratamiento de los datos personales sobre solvencia de las personas físicas (aunque es sabido que estos sistema también pueden tratar información relacionada con las personas jurídicas).

La relación entre los sistemas privados de información crediticia y la protección de los derechos fundamentales del deudor es tan fácil de explicar como difícil de cohonestar, debido a la tensión —inevitable— entre el deseo de establecer un buen sistema de información crediticia, con un nivel de cantidad y calidad de información elevado, que sea un instrumento efectivo para la concesión de «préstamo responsable», y la necesidad de proteger los datos personales del deudor; tensión que tiene un claro reflejo en el subtítulo en el que se concreta el título de la monografía (*«Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable»*). Mientras que en el modelo anglosajón (fundamentalmente EEUU) la pérdida de privacidad parece considerarse un mal menor para gozar de las ventajas que presenta un sistema de información crediticio generoso, en Europa, en general, a pesar de que no existe un modelo único, la regulación es más restrictiva en la circulación de la información.

Al hilo de esta idea cabe interrogarse sobre un buen número de cuestiones y problemas, de cuyo correcto planteamiento depende poder llegar a conocer en su verdadera dimensión la interacción entre los llamados sistemas de información crediticia y los derechos fundamentales del deudor que pueden resultar afectados por el tratamiento de los datos personales de solvencia. En ello acierta la profesora MAS BADÍA, ya que sin huir de consideraciones dogmáticas, que las hay y de calado en su obra, intuye dónde pueden surgir las dificultades y sabe dónde poner el acento para que la obra sea de verdadera utilidad al lector interesado en encontrar respuestas o soluciones a sus problemas, sin tener que renunciar para ello a un tratamiento profundo y riguroso de la materia.

La autora identifica como cuestiones claves dos aspectos fundamentales que afectan al nervio de estos sistemas. La primera es la determinación y el análisis de las bases jurídicas para el tratamiento de los datos personales de solvencia (positivos y negativos). Esta idea subyace a todos los contenidos que se desarrollan en los capítulos 2, 3, 4, 5 y 7 de la obra (en este último se tratan las especialidades que implican las decisiones automatizadas y el uso de estos datos en ámbitos diferentes al mercado de crédito). La segunda idea es el régimen de responsabilidades de los sujetos involucrados en el tratamiento y utilización de los datos personales en los sistemas de información crediticia; fundamentalmente la responsabilidad derivada del tratamiento indebido de los datos (al que se dedica el capítulo 6) pero también la que deriva del incumplimiento de la obligación de utilizar o solicitar informe de estas entidades (que es objeto de estudio en un apartado específico en el capítulo 4).

1. Bases jurídicas para el tratamiento de los datos personales de solvencia. El tránsito de los «ficheros de morosos» a los sistemas positivos o mixtos

Desde un punto de vista de *lege ferenda*, la cuestión principal (a la que se dedica un mayor número de capítulos) es si, a la hora de diseñar un modelo para los sis-

temas de información positiva, se requiere el consentimiento del afectado (en este caso del deudor) o es suficiente que concurra un interés legítimo del responsable del tratamiento. La opción por uno u otro modelo condiciona decisivamente la eficacia de los sistemas de información crediticia, ya que la exigencia del consentimiento del deudor para el tratamiento de los datos de solvencia impediría su operatividad, y por ello se privaría al prestamista de un instrumento muy útil para recabar información y poder cumplir con la obligación de evaluar la solvencia. En la monografía se explica de forma clara cuál ha sido la evolución en nuestro ordenamiento: desde la tradicional configuración de estos sistemas hasta las nuevas posibilidades que ofrece la regulación vigente, aunque quizás, como vaticina la autora, esta no sea suficiente para romper de manera definitiva con aquella.

De entrada, la autora defiende —con argumentos sólidos y bien elaborados— una postura favorable a los sistemas de información crediticia comprensivos tanto de datos negativos (lo que viene siendo tradicional en Derecho español) como positivos de solvencia, debido a los servicios que prestan no solo a los operadores del mercado sino también al interés general y, bajo determinadas circunstancias, a los llamados «buenos deudores». El estudio realizado, por tanto, no se centra en decidir si deben existir o no este tipo de instrumentos sino en trazar las líneas maestras para el diseño de un estatuto jurídico eficaz que atienda de manera equilibrada a los diferentes intereses implicados (que se analizan con detalle en el capítulo I). A estos efectos, resalta la importancia de fijar con claridad los límites que este tipo de instrumentos deben respetar para interferir en la medida justa en los derechos fundamentales del interesado. Y con este fin propone una ponderación de los intereses en juego atendiendo al principio de proporcionalidad, al objeto de determinar cuál ha de ser prevalente, si bien esta ponderación no puede realizarla con carácter absoluto el legislador, sino que han de efectuarla, en un primer momento, los responsables del tratamiento, con sujeción al control judicial.

Este razonamiento teórico se relaciona en el trabajo con la idea que informa una de las bases jurídica del tratamiento de datos personales que más relevancia tiene en el ámbito de los sistemas privados de información crediticia, que es el interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero prevalente sobre el del interesado (en nuestro caso, el deudor), que ahora contempla el artículo 6.1.f RGPD, pues, en definitiva, se trata de apreciar, ponderando los intereses en juego, cuál es el prevalente. En definitiva, la licitud del sistema se hace depender de si existe o no un interés legítimo a favor de los acreedores o de la estabilidad del mercado de crédito, preferente al del deudor afectado, lo que justificaría, a juicio de la autora, el tratamiento de datos positivos de solvencia (y no solo negativos) sin el consentimiento del deudor.

Conviene resaltar que la profesora MAS BADÍA ya mantenía esta interpretación al amparo de la anterior regulación, avanzando una hipótesis que, con matices, considera confirmada en el planteamiento del actual: que el legislador había procedido a la ponderación de los intereses en juego decidiendo cuál es el prevalente en función de que los datos de solvencia sean positivos o negativos. Ya entonces, y sobre esta misma base, defendía la posibilidad de tratar los datos positivos de solvencia sin necesidad del consentimiento del afectado, siempre que existiera un interés legítimo para ello y se cumplieran todas las exigencias y garantías legales. Contradecía con ello la llamada tesis tradicional u oficial, por la que se exigía que el deudor hubiera prestado su consentimiento para el tratamiento de los datos y así lo hubiese expresado con claridad *ex artículo 29 LO 17/1999*, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (son meritorios los trabajos previos en los que, rompiendo la inercia de la tradición,

defiende, junto a un sector minoritario de la doctrina, una solución distinta, apurando las escasas posibilidades que ofrecía el precepto citado y atendiendo a una interpretación sistemática o teleológica de este).

Siguiendo la senda iniciada en estos trabajos, la autora considera que, al haberse suprimido la exigencia de que concurre el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos positivos, se halla completamente abierta la vía para el tratamiento de estos datos a partir de otras bases jurídicas, como la concurrencia de un interés legítimo prevalente. No obstante, se lamenta de que el legislador no haya dado el paso de equiparar el tratamiento legal de los datos positivos y negativos (no se contempla legalmente ninguna presunción de que existe un interés legítimo para los primeros) y de que con ello se prolongue la tradicional discriminación entre el tratamiento de una y otra clase de datos (positivos y negativos). En la regulación actual la discriminación se cifra en presumir la licitud del tratamiento de los datos sobre incumplimiento (datos negativos), a partir de la presunción de que existe un interés legítimo que prevalece sobre los derechos fundamentales del afectado cuando concurran ciertos requisitos (salvo cumplida prueba en contrario) *ex artículo 20 LO 3/2018*, y no hacer lo propio con los datos positivos de solvencia. Por esta razón concluye que la regulación vigente es insuficiente para «desbloquear» la creación de ficheros privados de solvencia de tipo positivo en España y vencer la inercia de la exigencia del consentimiento para el tratamiento de estos datos. El posible freno para el desarrollo de los sistemas positivos o mixtos de solvencia no es ahora el de su ilicitud sino la falta de una presunción de licitud similar a la que se establece en relación al tratamiento de los datos negativos.

Las ideas anteriormente expuestas son objeto de un desarrollo pormenorizado y exhaustivo en los capítulos II, III y IV.

Sobre el fundamento y alcance de la presunción de licitud de los datos personales relativos al incumplimiento (datos negativos) de obligaciones financieras, dinerarias o de crédito en la regulación vigente se reflexiona en el capítulo V. A estos efectos, se analizan los requisitos que sustentan la presunción legal, poniendo de manifiesto que no todos tienen la misma naturaleza ni producen las mismas consecuencias. Sobre esta base, la autora distingue dos tipos de exigencias: aquellas que son plasmación de principios rectores del tratamiento de datos personales *ex artículo 5 RGPD* (que operan con independencia de cuál sea la base jurídica del tratamiento) y aquellos en los que se basa la presunta existencia de un interés legítimo del responsable del tratamiento (o de un tercero) prevalente sobre los derechos del afectado en el que se funda la presunción de licitud, de manera que, aunque estos últimos requisitos fallen o no se cumplan, el tratamiento puede ser lícito en caso de que confluya alguna base jurídica que lo sustente (aunque deberá ser objeto de prueba por el responsable del tratamiento). Esta distinción, que no suele hacerse por la doctrina, facilita la aplicación de la presunción y, en concreto, la posibilidad del tratamiento de los datos negativos de solvencia aunque no se cumplan algunos de los requisitos legales en que se sustenta aquella (presupuesto el cumplimiento de aquellos que son, en cualquier caso, requisitos de validez del tratamiento).

2. Exigencia de bases legales específicas para el tratamiento de los datos de solvencia: decisiones automatizadas y en ámbitos diferentes al mercado de crédito

En un capítulo independiente (capítulo 7 y último de la obra) se explica, de una parte, cómo el riesgo para los derechos fundamentales del individuo

se acentúa en aquellos sectores en los que se utilizan elaboración de perfiles y decisiones automatizadas (en especial para los colectivos vulnerables) y cómo el RGPD ha intentado controlar el impacto de estos tratamientos mediante algunas normas distribuidas en su articulado. De otra parte, se explicita la necesidad de que la base jurídica para el tratamiento sea distinta en el caso de que los datos sobre solvencia se usen en ámbitos diferentes al mercado de crédito. Este capítulo, a mi juicio, reviste especial interés, por lo que supone ocuparse de nuevas realidades que en un futuro no muy lejano decidirán aspectos que ahora no se alcanzan a imaginar.

En relación a la primera de las cuestiones apuntadas, se distingue con nitidez, desde un punto conceptual y de régimen aplicable, entre las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles: mientras la elaboración de perfiles no se considera una práctica prohibida en la regulación de datos (aunque no resulte aplicable la presunción de licitud que contempla el artículo 20.3 LOPDGDD), se entiende vetada la posibilidad de adoptar decisiones automatizadas (*rectius*, aquellas en que la decisión sobre la concesión de crédito se basa «únicamente» en un tratamiento automatizado de datos) sobre la concesión de crédito, o fijación de condiciones o garantías del mismo *ex* artículo 22 RGPD. En relación a estas últimas, se considera, por tanto, aplicable la regla general prohibitiva que contempla este precepto, sin que resulten de aplicación ninguna de las excepciones que el mismo contempla (a menos que se de el consentimiento explícito del interesado que no sería el mero consentimiento para que se traten sus datos sobre solvencia). En cualquier caso, y aunque se entendieran subsumidas en aquellas, acertadamente, se concluye que deberían introducir medidas específicas de salvaguarda de los derechos e intereses del deudor afectado, que deberían incluir forzosamente el derecho a «obtener intervención humana por parte del responsable» y permitir al interesado «expresar su punto de vista e impugnar la decisión» *ex* art. 22.3 RGPD.

La misma regla general prohibitiva (salvo que concurra el consentimiento explícito del afectado) considera aplicable la autora a aquellos casos en los que datos sobre solvencia se utilizan en ámbitos diferentes al mercado de crédito, ya que estos no solo pueden resultar útiles a los concedentes de créditos sino también a otros sujetos (oferentes de empleo, aseguradores o arrendadores, entre otros). En este caso, como de forma muy elocuente se describe en la obra, el problema estriba en que si los datos se obtienen a partir de los informes emitidos por los sistemas de información crediticia necesariamente habrán sido recabados para una finalidad distinta de aquella para la que se utilizan, por lo que el tratamiento, a su juicio, debería fundarse necesariamente en el consentimiento del sujeto afectado (ya que aunque existe un interés legítimo de los responsables del tratamiento, no está tan claro que deba prevalecer sobre los intereses del individuo).

3. Responsabilidades derivadas del tratamiento indebido y de la utilización de los datos personales de solvencia

Otras de las ideas centrales de la obra es, como se ha dicho, el régimen de responsabilidad que resulta de la incorporación de datos personales de solvencia a los sistemas privados de información crediticia. Principalmente, aquella que deriva del tratamiento indebido de los datos personales en los sistemas privados de información crediticia (a la que dedica el capítulo VI). Pero sin olvidar aquella otra a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación

de solicitar información de los sistemas de información crediticia públicos o privados, que a su vez se encuadra dentro de otro tema más amplio, que es el del incumplimiento de los deberes de evaluación, como uno de los elementos fundamentales del llamado «crédito responsable» que establecen algunas leyes sectoriales ya mencionadas (a este aspecto se dedica un apartado específico, apartado 4, dentro del capítulo IV).

Respecto a la primera, la autora consciente de la importancia que tiene en la práctica distinguir y fijar con claridad la concreta esfera de responsabilidad de cada uno de los diferentes sujetos involucrados en el tratamiento de los datos personales de solvencia, distingue con claridad entre la responsabilidad en que pueden incurrir los acreedores y las entidades titulares de los ficheros de solvencia (como corresponsables del tratamiento) y los encargados del mismo. Como complemento de lo anterior, aborda la función preventiva que cumple la figura del delegado de protección de datos, en cuanto su intervención puede impedir la lesión del derecho fundamental a la protección de los datos personales en el seno de estos sistemas, así como las reclamaciones ante dicho sujeto.

Respecto a la segunda, aunque constituye un aspecto accesorio dentro del estudio de la autora (centrado en las bases jurídicas para el tratamiento y las consecuencias de hacerlo indebidamente), es incuestionable que la determinación del régimen de responsabilidad que deriva del incumplimiento de la obligación de solicitar informe y de realizar una valoración realista sobre la solvencia del deudor es una de las piezas fundamentales del sistema, que no podía faltar en la obra; del alcance que se confiera al deber de consulta, y sobre todo de sus consecuencias, dependerá la utilidad práctica de los sistemas privados de información crediticia (y, por tanto, la importancia de su estudio). Recuérdese que la ausencia de un régimen aplicable para el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia es una de las quiebras más notables de nuestra regulación actual, que carece de toda justificación en el momento actual en el que la noción de crédito responsable, como oportunamente advierte la autora, no se aplica solo en el contexto de la supervisión de las entidades de crédito sino que es una medida ligada, de manera más amplia, a combatir el endeudamiento excesivo.

Tras un buen resumen de las distintas posiciones manejadas por la doctrina (pues la cuestión ha generado un vivo debate dentro de la misma) la autora sienta las bases sobre las que, a su juicio, debería construirse el régimen aplicable a dicho incumplimiento. Y, dando por sentado que las sanciones no pueden ser solo administrativas sino civiles, considera que la indeterminación en este último ámbito obliga a extraer las consecuencias generales que resultan del incumplimiento. Conforme a estas reglas, mantiene (en el trabajo actual y en otros anteriores) que la solución podría ser, siempre a la vista de las circunstancias del caso concreto, la de la nulidad parcial por la vía del artículo 6.3 CC, con la consiguiente ineeficacia de las cláusulas de intereses tanto remuneratorios como moratorios (sin posibilidad de integración de dichas cláusulas en el caso de prestatarios consumidores), lo que viene a coincidir con la tesis que propugna un sector de la doctrina *de lege ferenda*.

Aunque excede del propósito de estas líneas, no me resisto a dejar apuntado que, a falta del prometido Reglamento que desarrolle esta cuestión, es dudoso que conforme a la regulación actual, este incumplimiento pueda (otra cuestión distinta es que «debiera») tener implicaciones civiles. En cualquier caso, y reconociendo la ligereza que supone pronunciarse sobre cuestión tan debatida en

estas líneas, me parece que, a la hora de fijar un régimen aplicable, de una parte, sería más conforme con la teoría general de las obligaciones, acudir a la vía del resarcimiento de los daños y perjuicios (que es la sanción que corresponde al incumplimiento de una obligación *ex artículos 1101/1902 CC*, a pesar de las dificultades que existen para su aplicación a este supuesto), frente a la sanción de nulidad *ex artículo 6.3 CC*, pues lo que se incumple es una obligación (y eso tiene una sanción específica en Derecho) y no un acto contrario a la ley; y que, a falta de previsión específica, no existe una base legal para que los perjuicios causados deban coincidir con la imposibilidad de cobro de intereses (solución, que como es sabido, han incorporado de manera expresa otros ordenamientos). Pero ello, como es imaginable, no constituye ningún reproche al planteamiento que hace la autora, que discurre dentro de lo razonable y de los límites en los que se mueve la doctrina científica, sino más bien una muestra de la enjundia de las cuestiones a tratar y de la diversidad de interpretaciones que cabe manejar a la hora de articular una solución.

En fin, ¿qué papel jugaría en todo esto no haber consultado —o haberlo hecho indebidamente— algún sistema privado de información crediticia? En el momento actual en el que estos sistemas se configuran como meros ficheros de morosos, me parece difícil mantener que la falta de consulta de estos datos (aunque difícil de que se de en la práctica) no pueda tener consecuencias negativas para el acreedor (no obstante la autora defiende que sería abusivo para el deudor intentar obtener ventajas en esta situación alegando el incumplimiento): que gracias a dicha omisión el deudor haya obtenido crédito no impide que se haya endeudado de manera excesiva, cuyas consecuencias parece que el legislador quiere imponer al concedente del crédito. No parece que haya muchas diferencias entre este supuesto y aquel en que el concedente del crédito consulta los ficheros de morosos pero no sin cruzarlos de manera suficiente con datos positivos sobre solvencia a su alcance (que pueden proceder de distintas fuentes); en estos casos el deudor también obtiene más crédito del que debería haber obtenido por no haber agotado el concedente la diligencia exigible (para los que la autora sostiene que este caso el sujeto sí sería responsable). La depuración de esta responsabilidad y las consecuencias concretas de la misma es algo que está por determinar y está por ver cómo lo resolverán los tribunales pero es, como decíamos, una de las piedras angulares sobre la que reposan los sistemas de información objeto de estudio. Sobre todo si, como defiende la autora, estos sistemas llegan a ser una de las principales fuentes de información sobre solvencia.

En suma, como puede deducirse de estas líneas, la monografía de la profesora MAS BADÍA aborda las cuestiones medulares que plantean los llamados sistemas privados de información crediticia. Los problemas que interesa resolver se plantean con acierto y se resuelven de manera rigurosa y exhaustiva, incorporando abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales (que enriquecen el discurso, firme y claro, de la autora). Esta se enfrenta con solvencia y valentía a una figura de creación relativamente reciente y aborda las cuestiones más importantes que esta suscita, produciendo la sensación de que se han dejado pocos «cabos sueltos» y, lo que es más importante, sentando las bases teóricas para poder abordar y resolver en el futuro otras cuestiones que la realidad, tozuda en ir siempre por delante del Derecho, pueda plantear.

El trabajo, tiene, además, un mérito añadido nada desdeñable, que es la dificultad que supone construir un discurso coherente e integrado a largo de todo el trabajo, y de hacerlo de manera fácil y amena para el lector. Logró

particularmente meritorio tratándose de una materia tan técnica como la que regula la protección de los datos personales, que requiere un alto nivel de conocimiento y manejo de los conceptos jurídicos y que, además de técnica, es una materia sensible por su repercusión en los derechos fundamentales de la persona.

NOTAS

¹ *Vid.*, página 35.

² *Vid.* página 59.

³ *Vid.*, páginas. 35-37.

⁴ Sobre esta noción, cfr. artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) en desarrollo de los principios generales previstos en la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.