

57.891

LORENZO PRATS ALBENTOSA
MATILDE CUENA CASAS
(Coordinadores)

PRÉSTAMO RESPONSABLE Y FICHEROS DE SOLVENCIA

Autores

CARLOS ALONSO MARTÍNEZ
MANUEL BALBUENA RIVERA
MARCO CELENTANI
MATILDE CUENA CASAS
ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ

FERNANDO GOMÁ LANZÓN
FREDES MONTES
PABLO PASCUAL HUERTA
LORENZO PRATS ALBENTOSA
RAMÓN SANTILLÁN FRAILE



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIO

DICTVM
ABOGADOS

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Sumario

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN	21
EL SOBREENDEUDAMIENTO PRIVADO COMO CAUSA DE LA CRISIS FINANCIERA Y SU NECESARIO ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR	27
MATILDE CUENA CASAS	
I. Sobreendeudamiento privado y su incidencia en la actual crisis económica	27
II. El tratamiento concursal de la insolvencia de la persona física y su papel en la prevención del sobreendeudamiento privado	33
III. Las especialidades del sobreendeudamiento hipotecario. La necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil	49
IV. Evaluación de la solvencia e información crediticia. La legislación en materia de protección de datos personales	62
1. La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor	62
2. En particular, evaluación de la solvencia y crédito hipotecario. Test de solvencia negativo y denegación de crédito	75
3. El acceso del prestamista a información financiera de los particulares	79
V. Conclusión	88

PARTE PRIMERA

ANÁLISIS DEL RIESGO FINANCIERO DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y SU IMPACTO EN EL COSTE CREDITICIO

CAPÍTULO I

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE CRÉDITO	93
--	----

MARCO CELENTANI

I. Introducción	93
-----------------------	----

	<i>Página</i>
II. Intercambio de información: Aprendizaje, disciplina y competencia.....	100
III. Intercambio, adquisición y uso de la información sobre deudores	104
1. Información dura y blanda.....	105
2. Cascadas informativas y memoria de los sistemas de intercambio de información.....	107
3. Información privada y pública.....	109
IV. Las garantías reputacionales del intercambio de información y las garantías reales.....	111
V. Intercambio de información y asignación eficiente del riesgo.....	112
VI. Conclusiones.....	113
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS DEL RIESGO FINANCIERO DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y SU IMPACTO EN EL COSTE CREDITICIO.....	
	117
MANUEL BALBUENA RIVERA	
I. Introducción.....	118
1. Actividad real y actividad financiera. Características del sistema financiero.....	118
2. El negocio bancario como negocio de gestión de riesgos.....	119
3. La regulación de las entidades en la teoría bancaria contemporánea..	120
3.1. Los requerimientos de capital como mecanismo de control del riesgo.....	120
3.2. La contabilidad y los principios adecuados de valoración	121
3.3. El establecimiento de límites.....	122
4. Regulación del capital. Los acuerdos internacionales de Basilea.....	122
II. Marco regulatorio del riesgo de crédito en España.....	125
1. El modelo español de regulación y supervisión de entidades financieras	125
2. Adaptación al marco normativo comunitario: requerimientos de capital por riesgo de crédito y cobertura de insolvencias por deterioro de los activos.....	126
3. La evaluación de la solvencia y capacidad de pago del deudor.....	129
4. Protección del consumidor, obligación de evaluar la solvencia y préstamo responsable.....	132

	<i>Página</i>
II. Origen de las participaciones preferentes.....	183
III. Las preferentes en España.....	185
IV. ¿Pero, qué son las participaciones preferentes?.....	186
V. Esos swaps que se supone protegían contra la subida de las hipotecas.....	194
VI. ¿Dónde estamos ahora, exactamente?.....	198
VII. De ahora en adelante.....	201
CAPÍTULO IV	
LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU INCUMPLIMIENTO.....	
207	
ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ	
I. Preliminar.....	207
II. Normativa aplicable.....	210
III. Ámbito de aplicación.....	212
1. Ámbito subjetivo de aplicación.....	212
2. Ámbito objetivo de aplicación.....	214
IV. Análisis de las obligaciones.....	214
1. Preliminar.....	214
2. Deber de evaluar la solvencia. El test de solvencia.....	215
2.1. Preliminar.....	215
2.2. Información relevante y criterios de evaluación.....	216
2.3. Fuentes de la información.....	219
2.4. Consecuencias jurídicas del resultado del test.....	220
3. El deber de «asistencia».....	222
V. Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de los deberes.....	229
1. Responsabilidad administrativa.....	229
2. Consecuencias en el orden contractual.....	231
3. Conclusión.....	236
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	240

PARTE SEGUNDA

ANÁLISIS DEL RIESGO Y PROTECCIÓN DE DATOS DE SOLVENCIA Y CRÉDITO

CAPÍTULO I

SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA. PRINCIPIOS GENERALES Y MARCO INTERNACIONAL	245
FREDES MONTES	
I. Introducción	246
1. <i>Breve historia del crédito y origen del problema</i>	246
2. <i>Justificación de la existencia de los sistemas de información de crédito</i>	248
3. <i>Evolución histórica de los sistemas de información crediticia</i>	249
II. Definición, funciones y estructura de los principales sistemas de información crediticia	255
1. <i>Las Centrales de Riesgos</i>	255
2. <i>Los bureaux de crédito</i>	257
3. <i>Empresas de Información comercial</i>	258
III. Panorama internacional	265
1. <i>Economías desarrolladas</i>	266
2. <i>Economías emergentes</i>	269
2.1. <i>Latinoamérica y Caribe</i>	269
2.2. <i>África del Norte y Oriente Medio</i>	272
2.3. <i>África subsahariana</i>	275
2.4. <i>Europa del Este y Asia Central</i>	277
2.5. <i>Asia y el Pacífico</i>	279
2.6. <i>Asia del Sur</i>	282
IV. Estándares internacionales	284
1. <i>Gestación de los Principios Generales</i>	284
2. <i>Consideraciones esenciales sobre sistemas de información de crédito y Principios Generales</i>	286
2.1. <i>Ámbito de aplicación y Uso de los Principios Generales</i> ..	288
2.2. <i>Privacidad y Protección de Datos</i>	291

	<i>Página</i>
3. Los Principios.....	292
3.1. Principio 1. Los datos	292
3.1.1. Directrices del principio 1.....	293
3.1.1.1. La suficiencia y exactitud de los datos.....	293
3.1.1.2. Directrices relativas a la regularidad del envío y puesta a disposición de los datos.....	293
3.1.1.3. Directrices relativas a la suficiencia de datos, incluyendo información positiva	293
3.1.1.4. Directrices sobre la recolección de datos de manera sistemática de todas las fuentes pertinentes y disponibles.....	294
3.1.1.5. Directrices para la retención de datos.....	294
3.2. Principio 2. La Seguridad de los datos y los sistemas	294
3.2.1. Directrices sobre el principio 2.....	295
3.2.1.1. Directriz sobre medidas de seguridad.....	295
3.2.1.2. Directriz sobre fiabilidad.....	295
3.2.1.3. Directrices sobre eficiencia	295
3.3. Principio 3. Gobierno Corporativo y Continuidad del servicio.....	295
3.3.1. Directrices sobre el principio 3.....	296
3.3.1.1. Directriz sobre responsabilidad y mecanismos de gobernanza.....	296
3.3.1.2. Directriz sobre transparencia y mecanismos de gobernanza.....	296
3.3.1.3. Directrices sobre la eficacia de las disposiciones de gobernanza para garantizar una gestión apropiada de los riesgos asociados con el sector	296
3.3.1.4. Directriz sobre los mecanismos de gobernanza eficaces para garantizar que todos los usuarios tienen un acceso equitativo a la información	297
3.4. Principio 4. Marco Jurídico y Regulatorio	297
3.4.1. Directrices sobre el principio 4.....	298
3.4.1.1. Directrices sobre claridad y previsibilidad..	298
3.4.1.2. Directrices sobre no discriminación.....	298
3.4.1.3. Directrices sobre proporcionalidad.....	298

	<u>Página</u>
3.4.1.4. Directriz sobre los derechos del consumidor y la protección de datos	298
3.4.1.5. Directrices sobre resolución de litigios.....	299
3.5. Principio 5. Transferencia Internacional de Datos.....	299
3.5.1. Directrices sobre el principio 5.....	300
3.5.1.1. Directrices sobre las condiciones para la transferencia transfronteriza de datos crediticios.....	300
3.5.1.2. Directrices sobre requisitos para las transferencias transfronterizas de datos	301
4. Marco de vigilancia.....	301
4.1. Recomendación A en materia de supervisión: Regulación y supervisión de los sistemas de información de crédito...	301
4.1.1. Consideraciones fundamentales de la Recomendación A	301
4.2. Recomendación B en materia de supervisión: recursos y competencias de supervisión y de regulación	302
4.2.1. Consideraciones fundamentales de la Recomendación B.....	302
4.3. Recomendación C en materia de supervisión: Difusión de los objetivos y políticas en relación con los sistemas de información de crédito	304
4.3.1. Consideraciones fundamentales de la Recomendación C	304
4.4. Recomendación D en materia de supervisión: Aplicación de los Principios Generales para los sistemas de información de crédito.....	305
4.4.1. Consideraciones fundamentales de la Recomendación D	305
4.5. Recomendación E en materia de supervisión: cooperación entre autoridades.....	305
4.5.1. Consideraciones fundamentales de la Recomendación E.....	305
V. BIBLIOGRAFÍA	307

CAPÍTULO II

LOS FICHEROS DE SOLVENCIA POSITIVOS, UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO	309
PABLO PASCUAL HUERTA	
I. Bureaus de crédito y registros públicos de solvencia: una realidad global.....	309
II. Aclaración preliminar: la pertinencia del análisis económico del derecho en relación con la intimidad y los sistemas de intercambio de información sobre solvencia.....	314
III. El estudio científico de los efectos económicos de los sistemas de intercambio de información sobre solvencia en los mercados de crédito.....	321
IV. La regulación en el derecho comparado.....	331
1. La intimidad económica y sus matices.....	331
2. Pluralidad y uniformidad de modelos.....	336
V. La situación en España.....	340
1. La situación de «lege data»: dualidad de regulaciones.....	340
2. Un ejemplo de análisis económico del derecho equivocado: las restricciones de las autoridades de competencia a la creación de ficheros de solvencia.....	345
3. La interpretación del artículo 29.2 LOPD en lo relativo a los ficheros positivos: ¿un nuevo caso de análisis económico del derecho equivocado?.....	348
4. La incidencia del secreto bancario.....	350
5. Visión crítica de la regulación actual desde el análisis económico del derecho.....	352
6. Reflexión final: ¿es inconstitucional la Ley 44/2002?.....	355

PARTE TERCERA

INFORMACIÓN FINANCIERA: LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

CAPÍTULO I

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FICHEROS DE SOLVENCIA	363
LORENZO PRATS ALBENTOSA	
I. Introducción.....	363

	<i>Página</i>
1. <i>La regulación en el sistema de la lopl y su reglamento</i>	363
II. Tratamiento de datos sobre la solvencia patrimonial y el crédito de las personas	365
1. <i>Datos objeto de tratamiento</i>	365
2. <i>Determinaciones legales de la prestación del servicio</i>	365
2.1. <i>La ordenación de las facultades del titular de los datos</i>	366
2.2. <i>Deberes del responsable del fichero</i>	366
III. Tratamiento de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias	367
1. <i>Previo: impago, incumplimiento y enjuiciamiento de la solvencia del deudor</i>	367
2. <i>Delimitación del supuesto de hecho en el que el acreedor puede ceder los datos personales de su deudor</i>	368
2.1. <i>De lo anterior resulta la oportunidad de limitar el supuesto de hecho en el que el acreedor puede ceder los datos personales relativos al impago o incumplimiento de su deudor</i>	368
3. <i>Deberes de información precontractual</i>	373
4. <i>Requisitos para la inclusión de los datos</i>	375
5. <i>Oposición a la inclusión por el interesado</i>	389
6. <i>Medida cautelar de cancelación del dato por indicios de inclusión indebida</i>	390
7. <i>Notificación de inclusión del dato</i>	392
8. <i>Exactitud, actualización y cancelación de los datos</i>	395
9. <i>Derecho de acceso a la información contenida en el fichero (art. 42 RPDC)</i>	396
10. <i>Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición</i>	399
a. <i>Reglas especiales para el ejercicio del derecho de acceso</i> .	399
b. <i>Reglas especiales para el ejercicio de los derechos de rectificación o cancelación</i>	400
BIBLIOGRAFÍA	401

CAPÍTULO II

REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGOS DEL BANCO DE ESPAÑA (CIRBE)	407
RAMÓN SANTILLÁN FRAILE	

I. Introducción	408
------------------------------	-----

	<i>Página</i>
1. <i>Las centrales de riesgos y la disponibilidad de información crediticia: ventajas para el sistema crediticio</i>	408
2. <i>Las centrales de riesgos y la supervisión bancaria</i>	411
II. La nueva central de información de riesgos	412
1. <i>Naturaleza y finalidades</i>	412
2. <i>Principales insuficiencias y debilidades de la CIR regulada en la Circular BdE 3/1995</i>	414
3. <i>Principales mejoras en la regulación de la nueva CIR: la Circular BdE 1/2013</i>	415
4. <i>Entidades declarantes (artículo 60 de la Ley financiera y norma primera de la Circular 1/2013)</i>	418
5. <i>Datos a declarar y Riesgos declarables (artículo 60 de la Ley Financiera y norma segunda de la Circular 1/2013)</i>	420
6. <i>Titulares y otras personas declarables (artículo 60, segundo y norma tercera de la Circular 1/2013)</i>	428
7. <i>Disposiciones generales sobre la información a enviar a la CIR (artículo 60, aps. Tercero, Cuarto y Quinto, y norma cuarta de la Circular 1/2013)</i>	433
8. <i>Contenido de los módulos</i>	438
9. <i>Operaciones transferidas a terceros (artículo 61 de la Ley Financiera, norma decimocuarta de la Circular 1/2013)</i>	454
10. <i>Uso de la CIR por las entidades declarantes (artículos 61 y 62 de la Ley Financiera, artículo único de la Orden ECC/747/2013, de 20 de abril, y norma 16.ª y Anejo 3 de la Circular 1/2013)</i>	456
11. <i>Cesión de los datos a la Central de Información de Riesgos de las Entidades Locales (artículo 63, Cuarto y norma decimoséptima de la Circular 1/2013)</i>	459
12. <i>Cesión de datos a otras centrales de riesgos (artículo 63 de la Ley Financiera y norma decimoctava de la Circular 1/2013)</i>	459
13. <i>Derecho de acceso de los titulares (artículo 65 de la Ley Financiera artículo único de la Orden ECC/747/2013, de 25 de abril, y norma 19.ª de la Circular 1/2013)</i>	460
14. <i>Derecho de rectificación o cancelación (artículo 65 de la Ley Financiera y norma vigésima de la Circular 1/2013)</i>	463
15. <i>Régimen sancionador</i>	465
16. <i>Entrada en vigor de la Circular 1/2013</i>	467

	<i>Página</i>
17. <i>Uso y cesión de los datos por el Banco de España (artículo 63 de la Ley Financiera). Conservación de los datos (artículo 64 de la LF).....</i>	467
18. <i>La CIR, la protección de datos de carácter personal y el secreto bancario</i>	472
19. <i>La CIR en el contexto de la Unión Bancaria y del mecanismo único de supervisión.....</i>	474

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y FICHEROS DE SOLVENCIA.....	477
CARLOS ALONSO MARTÍNEZ	
I. Introducción.....	477
II. Legitimación para el tratamiento de los ficheros de solvencia en la propuesta de Reglamento.....	479
1. <i>Consentimiento.....</i>	481
2. <i>Interés legítimo.....</i>	484
3. <i>Tratamientos necesarios para el cumplimiento de una obligación jurídica o una misión de interés público.....</i>	487
4. <i>Conclusiones sobre la legitimación para el tratamiento de los ficheros de solvencia.....</i>	492
III. Los ficheros de solvencia y «el derecho al olvido».....	493
IV. Ficheros de solvencia y derecho de oposición.....	497
V. Regulación del «profiling».....	499
VI. Ficheros de solvencia y el principio de minimización.....	502
VII. Conclusiones.....	502