

Versión anonimizada

Traducción

C-634/21 - 1

Asunto C-634/21

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

15 de octubre de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

1 de octubre de 2021

Parte demandante:

OQ

Parte demandada:

Land Hessen (Estado federado de Hesse, Alemania)

6 K 788/20.WI

VERWALTUNGSGERICHT WIESBADEN (TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE WIESBADEN)

RESOLUCIÓN

En el procedimiento contencioso-administrativo entre

OQ,

[omissis] parte demandante

[omissis] y

Land Hessen, representado por el

Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit (Delegado de protección de datos y de libertad de información de Hesse),

[*omissis*] parte demandada

en el que interviene:

SCHUFA Holding AG [*omissis*] **en materia de** legislación sobre protección de datos,

la Sala Sexta del Verwaltungsgericht Wiesbaden, mediante

[*omissis*] ha resuelto, el 1 de octubre de 2021:

- I. **Suspender el procedimiento.**
- II. **Remitir el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 267 TFUE, para que se pronuncie con carácter prejudicial sobre las siguientes cuestiones:**
 1. **¿Debe interpretarse el artículo 22, apartado 1, del 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) (RGPD) (DO 2016, L 119, p. 1), en el sentido de que la generación automatizada de un valor de probabilidad relativo a la capacidad futura de un interesado para satisfacer un préstamo constituye ya una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produce efectos jurídicos en el interesado o le afecta significativamente de modo similar, cuando dicho valor, hallado a partir de datos personales del interesado, es transmitido por el responsable del tratamiento a un tercero responsable del tratamiento y este tercero, de un modo determinante, basa en dicho valor su decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con el interesado?**
 2. **En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial: ¿deben interpretarse los artículos 6, apartado 1, y 22 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que el uso de un valor de probabilidad —en el presente asunto, respecto a la capacidad y la voluntad de pago de una persona física en el marco de la inclusión de información crediticia— relativo a un determinado comportamiento futuro de una persona física a efectos de una decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una**

relación contractual con dicha persona (*scoring*) únicamente es admisible si se cumplen determinados requisitos adicionales, precisados en la fundamentación de la petición de decisión prejudicial?

Fundamentos

I.

- 1 El procedimiento tiene por objeto una demanda contra el valor de *scoring* generado por la interviniente, SCHUFA Holding AG, respecto a la demandante. La interviniente es una agencia privada alemana de información económica que proporciona a sus socios contractuales información sobre la solvencia de terceros, en particular consumidores. A tal fin, la interviniente genera un denominado valor de *scoring*. Para ello, a partir de determinadas características de una persona, con base en un método estadístico matemático, se expresa un pronóstico sobre la probabilidad de un comportamiento futuro, como el reembolso de un préstamo, sin que se divulguen las características utilizadas en concreto ni el método estadístico matemático. En ese sentido, la generación de valores de *scoring* se basa en la suposición de que la clasificación de una persona en un grupo de personas con determinadas características comparables, que han revelado cierto comportamiento, permite prever un comportamiento similar. Si una persona presenta un determinado perfil, se le atribuye el valor de *scoring* hallado por la interviniente y ese valor se tendrá en cuenta, con las consecuencias correspondientes, en el proceso decisorio de quien, en definitiva, contrate con el interesado, por ejemplo, una entidad de crédito en el marco de la concesión de un préstamo.
- 2 Después de que la interviniente facilitara información negativa, un tercero se negó a conceder a la demandante un crédito. Posteriormente, además de la supresión de registros que, en su opinión, eran erróneos, la demandante solicitó a la interviniente el acceso a los datos almacenados. El 10 de julio de 2018, la interviniente proporcionó a la demandante información en la que precisaba que clasificaba a esta con un valor de *scoring* de 85,96 %. Además, mediante sendos escritos de 8 y 23 de agosto de 2018, la interviniente comunicó a la demandante, a grandes rasgos, el funcionamiento general de su cálculo de valores de *scoring*, pero no indicó qué información específica se había utilizado en el cálculo ni con qué ponderación. La interviniente expuso que no está obligada a divulgar los métodos de cálculo, ya que estos están protegidos por el secreto comercial y de empresa. La interviniente también señaló a la demandante que se limitaba a facilitar información a sus socios contractuales, pero que eran estos los que adoptaban las decisiones contractuales propiamente dichas; la interviniente destacó que, a este respecto, no emite una recomendación a favor o en contra de contratar con la persona de la que informa. El 18 de octubre de 2018, la demandante presentó ante la demandada una reclamación contra dicha información, solicitando que la demandada ordenara a la interviniente que estimara la solicitud de acceso y supresión de la demandante. Alegó que la

interviniente está obligada a informar sobre la lógica aplicada y la importancia y consecuencias del tratamiento.

- 3 Mediante resolución de 3 de junio de 2020 dirigida a la demandante, la demandada se negó a emprender nuevas acciones contra la interviniente. Para fundamentar su decisión expuso, en particular, que el cálculo del valor de solvencia por la interviniente debía respetar, ciertamente, los requisitos especificados en el artículo 31 de la Bundesdatenschutzgesetz (Ley federal de Protección de Datos) (en lo sucesivo, «BDSG») [artículo 1 de la Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 [Ley por la que se adapta la legislación sobre protección de datos al Reglamento (UE) 2016/679 y por la que se transpone la Directiva (UE) 2016/680; en lo sucesivo, «Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU» o «DSAnpUG-EU»] de 30 de junio de 2018 (BGBl. I, p. 2097). Consideró que, por regla general, la interviniente cumple dichos requisitos y que nada permite pensar que no sea así en el presente caso.
- 4 El 25 de mayo de 2018 entró en vigor el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (en lo sucesivo, también, «RGPD») (DO 2016, L 119, p. 1). El Reglamento general de protección de datos establece una prohibición general del tratamiento de datos, salvo autorización. Los supuestos esenciales de tratamiento autorizado figuran en el artículo 6 del RGPD. Además, el Reglamento general de protección de datos contiene un concepto de protección con múltiples instrumentos que incluye disposiciones relativas, en particular, a los derechos del interesado a información, acceso, supresión y reclamación ante la autoridad de control competente solicitando la intervención de esta, así como a un recurso contra las resoluciones administrativas ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Entre otras cosas, el Reglamento general de protección de datos también aborda específicamente lo que se conoce como elaboración de perfiles, cuya definición legal figura en artículo 4, punto 4), del RGPD y en la que se encuadra también la práctica controvertida de la interviniente, el denominado «scoring». La elaboración de perfiles es objeto de diferentes disposiciones, en particular en relación con el derecho de acceso de los interesados previsto en el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, el derecho de oposición de los interesados previsto en el artículo 21, apartado 1, primera frase, *in fine*, del RGPD y, en esencia, en el artículo 22 del RGPD, como prohibición general (artículo 22, apartado 1, del RGPD) con excepciones (artículo 22, apartado 2, del RGPD), cuando las decisiones se basen únicamente en la elaboración de perfiles.
- 5 Como reglamento del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 288 TFUE, párrafo segundo, el Reglamento general de protección de datos tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. A pesar de estos principios, el Reglamento general de protección

de datos contiene varias cláusulas de apertura que brindan a los Estados miembros un cierto margen para adoptar normativas nacionales. Habida cuenta de estas facultades normativas conferidas, la nueva Ley federal de Protección de Datos entró en vigor el 25 de mayo de 2018. El artículo 31 de la BDSG contiene disposiciones detalladas en materia de scoring e información sobre solvencia.

II.

1. La **Carta de los Derechos Fundamentales** de la Unión Europea (en lo sucesivo, «**Carta**») (DO 2016, C 202, p. 389) prevé lo siguiente:

6 **Artículo 7 de la Carta — Respeto de la vida privada y familiar**

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

7 **Artículo 8 de la Carta — Protección de datos de carácter personal**

1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*

2. *Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.*

3. *El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.*

8 **Artículo 52 de la Carta — Alcance e interpretación de los derechos y principios**

1. *Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

[...]

2. El **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** (en lo sucesivo, «**TFUE**») (en su versión consolidada de 7 de junio de 2016, DO 2016, C 202, p. 1) prevé lo siguiente:

9 **Artículo 288 TFUE**

[...]

(2) *El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.*

3. El Reglamento general de protección de datos prevé lo siguiente:

10 Artículo 4 del RGPD — Definiciones

A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

[...]

4) *«elaboración de perfiles»: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física;*

11 Artículo 6 del RGPD — Licitud del tratamiento

1. *El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

- a) *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) *el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
- c) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) *el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
- e) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) *el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.

3. La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:

- a) el Derecho de la Unión, o
- b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.

La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

4. Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;
- b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;

- c) *la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;*
- d) *las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto;*
- e) *la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización.*

12 Artículo 15 del RGPD — Derecho de acceso del interesado

1. El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información: [...]

h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

13 Artículo 21 del RGPD — Derecho de oposición

1. El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones.

[...]

14 Artículo 22 del RGPD — Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles

1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

- a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;*
- b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas*

adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letras a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

4. La **Bundesdatenschutzgesetz** (Ley federal de Protección de Datos), de 30 de junio de 2017 (BGBl. I, p. 2097), en su versión modificada por el artículo 12 de la Ley de 20 de noviembre de 2019 (BGBl. I, p. 1626), dispone:

15 Artículo 31 de la BDSG — Protección del tráfico económico en caso de scoring y de información sobre solvencia

(1) El uso de un valor de probabilidad relativo a un comportamiento futuro determinado de una persona física a fin de tomar una decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con dicha persona (scoring) solo es admisible si:

- 1. se han respetado las disposiciones de la legislación sobre protección de datos;*
- 2. se acredita que los datos utilizados para calcular el valor de probabilidad de un comportamiento determinado, con base en un método estadístico matemático científicamente reconocido, son relevantes para el cálculo de la probabilidad del comportamiento de que se trate;*
- 3. para calcular el valor de probabilidad no se utilizaron exclusivamente datos relativos a domicilios, y*
- 4. en caso de utilización de datos relativos a domicilios, el interesado ha sido informado de la utilización prevista de dichos datos antes de calcular el valor de probabilidad. La información quedará documentada.*

(2) El uso de un valor de probabilidad determinado por agencias de información económica, relativo a la capacidad y voluntad de pago de una

persona física, cuando se incluya información sobre derechos de crédito, solamente será admisible si se cumplen los requisitos del apartado 1 y solo se tienen en cuenta aquellos derechos referentes a una prestación adeudada que no fue realizada a pesar de haber vencido,

1. *que hayan sido reconocidos mediante sentencia firme o sentencia provisionalmente ejecutiva, o para los que exista un título de deuda con arreglo al artículo 794 de la Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil),*
2. *que hayan sido reconocidos de conformidad con el artículo 178 de la Insolvenzordnung (Ley Concursal) y no hayan sido impugnados por el deudor al ser comprobados,*
3. *que hayan sido expresamente reconocidos por el deudor,*
4. *respecto de los cuales*
 - a) *el deudor haya sido requerido al menos dos veces por escrito después del vencimiento del crédito,*
 - b) *desde el primer requerimiento hayan transcurrido al menos cuatro semanas,*
 - c) *el deudor haya sido informado previamente, pero como muy pronto con ocasión del primer requerimiento, de la posibilidad de que la situación sea tenida en cuenta por una agencia de información económica, y*
 - d) *el deudor no haya impugnado el crédito, o*
5. *cuya relación contractual subyacente pueda resolverse sin preaviso debido a impagos y respecto de los cuales el deudor haya sido informado previamente de la posibilidad de que la situación sea tenida en cuenta por una agencia de información económica.*

Todo ello sin perjuicio de la licitud del tratamiento, incluida la determinación de valores de probabilidad, de otros datos pertinentes a efectos de solvencia con arreglo a la legislación general en materia de protección de datos.

III.

- 16 En el caso de autos, para resolver es preciso determinar si está comprendida o no en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, del RGPD la actividad de las agencias de información, como la interviniente, consistente en generar los valores de scoring relativos a un interesado y transmitirlos, sin formular recomendaciones u observaciones más pormenorizadas, a terceros que contratarán

con el interesado o se abstendrán de hacerlo teniendo en cuenta de un modo determinante el valor de scoring. En efecto, en tal caso, la licitud de la generación de un valor de scoring final para ser transmitido por una agencia de información, como la interviniente, solo puede regirse por el artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD, en relación con el artículo 31 de la BDSG, debiendo precisarse que, cuando el interesado presenta una reclamación ante la autoridad de control competente, como sucede en este caso, el examen de la actividad de la agencia de información por la autoridad de control ha de hacerse también a la luz de esas disposiciones. A tal efecto, es a su vez decisivo si una disposición con el contenido del artículo 31 de la BDSG es compatible con el artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD, pues de no ser así faltará precisamente aquel criterio de examen legal que en este caso aplica la demandada en lo que respecta a la interviniente.

Primera cuestión prejudicial:

Aplicabilidad del artículo 22, apartado 1, del RGPD a las agencias de información económica

- 17 A tenor del artículo 22, apartado 1, del RGPD, todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Esta disposición se inspira en su norma antecesora, el artículo 15 de la Directiva 95/46/CE. Por su redacción, parece ser un derecho que precisa ser ejercido por el interesado. En cambio, el órgano jurisdiccional remitente considera que esta disposición establece una prohibición general cuya violación no requiere ser invocada individualmente.
- 18 En cualquier caso, actividades como la controvertida compilación automatizada de datos personales, efectuada por la interviniente, con el fin de hallar un valor de probabilidad referente a un determinado comportamiento futuro de una persona física con vistas a su transmisión a terceros para que estos decidan acerca del establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con dicho interesado, están comprendidas, al menos por el contenido de la actividad, en el ámbito de aplicación del régimen normativo previsto en el artículo 22, apartado 1, del RGPD. Esta disposición, según su inequívoca redacción, comprende no solo, sino también, las decisiones adoptadas con base en la elaboración de perfiles (véase también el considerando 71, segunda frase). La elaboración de perfiles se define legalmente en el artículo 4, punto 4), del RGPD como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.
- 19 La generación de valores de scoring cumple con los criterios de esta definición. Esta conclusión se ve corroborada también por el citado considerando 71, segunda

frase, según el cual, entre otras cosas, también se entiende por elaboración de perfiles analizar o predecir aspectos relacionados con la situación económica, la fiabilidad o el comportamiento de una persona. Además, el considerando 71, primera frase, cita como ejemplo de decisiones en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD, la denegación automática de una solicitud de crédito en línea. Por tanto, el artículo 22, apartado 1, del RGPD es, en cualquier caso, aplicable a situaciones como la presente, habida cuenta de que el legislador de la Unión quiso que la generación de un valor de scoring constituyese un supuesto de elaboración de perfiles en el sentido del artículo 4, punto 4), del RGPD.

- 20 En esencia, el órgano jurisdiccional remitente considera lógico que, en situaciones como la controvertida en el presente asunto, también se cumpla el criterio definitorio relativo a la existencia de una *decisión* basada únicamente en el *tratamiento automatizado*, exigido por el artículo 22, apartado 1, del RGPD. Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que, como ya se ha expuesto, la actividad principal de las agencias de información económica —como es el caso de la interviniente— sea la de calcular valores de scoring, una actividad que, según el considerando citado, parece ser un supuesto de elaboración de perfiles. Es cierto que el legislador de la Unión no pretendió manifiestamente regular de manera autónoma, mediante el artículo 22, apartado 1, del RGPD, la licitud según la legislación de protección de datos de la elaboración de perfiles, sino únicamente regular la elaboración de perfiles en la medida en que sea parte integrante de una decisión basada en un [tratamiento] automatizado. Ello se desprende de la propia redacción de esta disposición, que, para su prohibición, atiende de un modo determinante a la *decisión basada* en la elaboración de perfiles (o en otro tratamiento automatizado de datos) y no a la propia elaboración de perfiles.
- 21 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente entiende que la generación de un valor de scoring por parte de una agencia de información no es solamente una elaboración de perfiles que prepara la decisión de un tercero responsable del tratamiento, sino que constituye precisamente una «decisión» autónoma en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD.
- 22 A la vista de la redacción del artículo 22, apartado 1, del RGPD, el órgano jurisdiccional remitente es consciente de que, según una interpretación restrictiva (y muy difundida), esta disposición puede entenderse en el sentido de que no se aplica directamente a la actividad de las agencias de información económica, como la interviniente. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, tal interpretación se debe a una comprensión errónea de la actividad de las agencias de información económica y de la influencia de los valores de scoring que generan. En efecto, esta apreciación se basa en la idea de que las agencias de información económica no adoptan ellas mismas la decisión determinante a efectos del artículo 22, apartado 1, del RGPD porque, al obtener y compilar datos personales para la elaboración de perfiles y la subsiguiente generación de un valor de scoring definitivo, solamente estarían preparando de algún modo la decisión final del responsable del tratamiento, pues cuando transmiten el valor de scoring

generalmente no comunican a la vez al tercero responsable del tratamiento una recomendación a favor o en contra de contratar con el interesado.

- 23 En sus disposiciones y en sus considerandos, el RGPD lleva a cabo una diferenciación conceptual entre, por una parte, el *tratamiento* y, por otra, la *decisión* basada en el tratamiento, y precisamente no pretende establecer requisitos sustantivos autónomos relativos a la elaboración de perfiles. Así, el artículo 4, punto 4), del RGPD dispone que, a efectos del RGPD, la elaboración de perfiles es «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales [...] *para evaluar* determinados aspectos personales de una persona física». Por consiguiente, la redacción de la definición legal puede interpretarse en el sentido de que la elaboración de perfiles no es únicamente la determinación de los parámetros para el resultado de la evaluación, sino que incluye también el resultado de la evaluación. Esto podría comprender también, habida cuenta del presente caso, la compilación automatizada por parte de una agencia de información económica de las características individuales con el objetivo de deducir de ahí un valor de scoring global y su determinación efectiva. En ese sentido de la expresión mencionada podría interpretarse también el artículo 21, apartado 1, primera frase, del RGPD, según el cual el derecho de oposición del interesado se refiere a *cualquier tratamiento* y, según la segunda parte de dicha frase, en particular también incluye la *elaboración de perfiles* sobre la base de dichas disposiciones del RGPD. En definitiva, la diferenciación entre el tratamiento automatizado mediante la elaboración de perfiles, por una parte, y la decisión, por otra, se desprende ante todo del artículo 22, apartado 1, del RGPD. Al disponer que el interesado tiene derecho «a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles», el artículo 22, apartado 1, del RGPD establece expresamente un vínculo causal y una secuencia cronológica obligatoria entre el tratamiento automatizado (incluida la elaboración de perfiles) y la decisión basada en aquel. También el considerando 71, frases primera y segunda, corrobora la intención del legislador de la Unión de distinguir entre ambos conceptos. Mientras que la primera frase del considerando 71 precisa que el interesado debería tener derecho a no ser objeto de una decisión que evalúe aspectos personales relativos a él y que se base únicamente en el tratamiento automatizado, la segunda frase del considerando 71 añade a esta afirmación que «*este tipo de tratamiento*» incluye la elaboración de perfiles, que, en consecuencia, no se incluye en las «*decisiones*». Por el contrario, como ejemplo de una «*decisión*», la primera frase del considerando 71 menciona la denegación automática de una solicitud de crédito, de modo que, en líneas generales, se refiere a una situación como la concurrente en este caso, en la medida en que la decisión denegatoria de la entidad de crédito respecto a la demandante es la «*decisión*» relevante y no lo es el valor de scoring generado por la interviniente. En definitiva, atendiendo a la redacción de los artículos 21, apartado 1, primera frase, y 22, apartados 1 y 4, punto 4), del RGPD, así como de sus considerandos 71, frases primera y segunda, y 72, los mismos pueden interpretarse en el sentido de que situaciones como la subyacente en el litigio principal, en las que una agencia de información calcula un valor de scoring,

constituyen un «tratamiento» y no una «decisión» en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD.

- 24 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente alberga serias dudas acerca de una interpretación tan restrictiva del artículo 22, apartado 1, del RGPD. Considera que existen elementos de peso para apreciar que la generación automatizada, por parte de agencias de información económica, de un valor de scoring destinado a la evaluación predictiva de la capacidad económica de un interesado constituye una *decisión* autónoma, basada en un tratamiento automatizado en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD. El órgano jurisdiccional remitente fundamenta sus dudas, en un plano fáctico, en la importancia que para la práctica decisoria de los terceros responsables del tratamiento tiene el valor de scoring generado por las agencias de información económica y, en un plano jurídico, en las finalidades perseguidas por el artículo 22, apartado 1, del RGPD y en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los artículos [78] y siguientes del RGPD.
- 25 Desde un punto de vista fáctico, el órgano jurisdiccional remitente alberga serias reservas respecto a la afirmación de que, en caso de existir un valor de scoring relativo a un interesado, los terceros responsables del tratamiento adoptan la decisión individual exigida por el artículo 22, apartado 1, del RGPD y que no se basa exclusivamente en una automatización. Si bien es cierto que, al menos hipotéticamente, los terceros responsables del tratamiento *pueden* adoptar una decisión propia sobre si contratar o no y las modalidades de la relación contractual con el interesado, puesto que en esta fase del proceso decisorio aún es posible, en principio, una decisión individual controlada por personas, en la práctica, esta decisión es determinada de tal manera por el valor de scoring proporcionado por las agencias de información económica que el impacto de dicho valor se reflejará en la decisión del tercero responsable del tratamiento. Dicho con otras palabras: *en realidad*, el valor de scoring generado por la agencia de información económica con base en un tratamiento automatizado es determinante finalmente respecto a si el tercero responsable del tratamiento contratará o no con el interesado y a las modalidades de la relación contractual. Aunque el tercero responsable del tratamiento *no está obligado* a hacer depender su decisión únicamente del valor de scoring, por regla general *lo hará* en gran medida. Si bien la concesión del crédito puede denegarse a pesar de un valor de scoring en principio suficiente (por otros motivos, como, por ejemplo, la falta de garantías o dudas sobre el éxito de una inversión que ha de financiarse), en cambio, un valor de scoring insuficiente, al menos en el ámbito de los préstamos al consumo, implicará casi siempre la denegación del crédito, aunque una inversión parezca rentable por todo lo demás. El papel determinante del valor de scoring en la concesión de créditos y a la hora de establecer las condiciones de estos se ha puesto de manifiesto en la práctica de las autoridades administrativas en materia de supervisión de la protección de datos [*omissis*]. [Referencia a fuentes].
- 26 Pues bien, el artículo 22, apartado 1, del RGPD precisamente busca proteger al interesado de los riesgos de esta forma de tomar decisiones, basada en la mera automatización, sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 22,

apartado 2, del RGPD. El legislador de la Unión pretende evitar que la toma de decisiones tenga lugar sin evaluación y valoración personalizadas por un ser humano. El interesado no debe quedar expuesto a una operación exclusivamente técnica y opaca, sin poder comprender los presupuestos y los criterios de evaluación subyacentes, y ha de poder, en su caso, intervenir mediante el ejercicio de sus derechos. Por tanto, además de la protección contra las decisiones discriminatorias basadas en aplicaciones informáticas de tratamiento de datos supuestamente objetivas, crear transparencia y equidad en la toma de decisiones es también un objetivo normativo. Las decisiones relativas al ejercicio de las libertades individuales no deben quedar, sin revisión, al páreo de la lógica de unos algoritmos. En efecto, los algoritmos trabajan con correlaciones y probabilidades que no siguen necesariamente una relación de causalidad ni conducen forzosamente a resultados «correctos» según el entendimiento humano. Por el contrario, de la sistematización de datos individuales exactos es posible extraer conclusiones erróneas, injustas o discriminatorias que afectarán de manera significativa a las libertades del interesado si sirven de base de un proceso decisorio, degradándolo de un sujeto a un objeto de una decisión despersonalizada. Así sucede, en particular, cuando el interesado desconoce el uso de algoritmos o, aun conociéndolo, no puede saber qué datos se tienen en cuenta al tomar la decisión, con qué peso y mediante qué método de análisis. Es precisamente esta preocupación del legislador por hacer obligatorio, en principio, un factor humano de corrección para los tratamientos automatizados de datos y autorizar las desviaciones únicamente en casos excepcionales limitados (artículo 22, apartado 2, del RGPD) la que se ve contrarrestada porque el valor de scoring generado de un modo automatizado ocupa, por lo general, un lugar muy destacado en la toma de decisiones por el tercero responsable del tratamiento.

- 27 El legislador de la Unión quiso resolver este conflicto de base mediante la prohibición establecida en el artículo 22, apartado 1, del RGPD prácticamente «en detrimento» de los terceros responsables del tratamiento, tomando como referencia la (última) decisión, la que se toma frente al interesado. A este respecto, la elaboración de perfiles solo debe cumplir los requisitos de procedimiento formulados en el considerando 71, sexta frase, del RGPD. Por lo demás, la licitud del tratamiento de datos para la elaboración de perfiles resultará, en su caso, de los supuestos generales de tratamiento de datos previstos en el artículo 6, apartado 1, del RGPD. Ello se desprende tanto del artículo 21, apartado 1, primera frase, *in fine*, del RGPD, que se remite, como posible base jurídica de la elaboración de perfiles, al artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letras e) y f), del RGPD, como del considerando 72, primera frase, según el cual la elaboración de perfiles está sujeta a las normas del RGPD que rigen el tratamiento de datos personales, como los fundamentos jurídicos del tratamiento o los principios de la protección de datos.
- 28 A raíz de estas disposiciones tan solo elementales en el RGPD acerca de la elaboración de perfiles, por una parte, y del postulado fundamental del artículo 22, apartado 1, del RGPD, por otra, se suscita, en particular, el problema de la aplicación efectiva del Derecho por los interesados. Al margen del mecanismo de

supervisión por las autoridades de control, es el principal mecanismo de aplicación del Derecho del RGPD. Así lo demuestran no solo los derechos de reclamación y de recurso previstos en los artículos [77] y siguientes del RGPD, cuya regulación es equilibrada y exhaustiva, sino también los derechos de los interesados previstos en los artículos 12 y siguientes del RGPD, que acompañan a los primeros. El RGPD pretende habilitar y movilizar al ciudadano de la Unión emancipado para la aplicación del Derecho, formulando a tal efecto los requisitos correspondientes, en particular, en materia de derechos de información y obligación de transparencia.

- 29 Estos derechos se socavan por la interacción de la actividad con (la inexistencia de) las obligaciones de las agencias de información económica, así como por la práctica decisoria de los terceros responsables del tratamiento. Es cierto que, con respecto a las agencias de información, el interesado dispone de un derecho general de acceso a información con arreglo al artículo 15 del RGPD. Sin embargo, dicho derecho no responde a las especificidades de la elaboración de perfiles, que el RGPD precisamente pretende regular con los artículos 15, apartado 1, letra h), 21, apartado 1, primera frase, *in fine*, y 22 del RGPD. En efecto, en el marco del derecho general de acceso a información, las agencias de información económica no están obligadas a revelar la lógica y la composición de los parámetros determinantes para la generación del valor de scoring; de hecho, no lo hacen por razones de protección ante la competencia, invocando su secreto comercial y de empresa.
- 30 El tercero responsable del tratamiento tampoco puede brindar al interesado la información sobre la generación del valor de scoring, en que se fundamenta de un modo determinante su decisión, pues desconoce la lógica aplicada. La agencia de información no se la revela.
- 31 Esto causa una laguna en la tutela judicial: con arreglo al artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, la persona de la que el interesado podría obtener la información requerida no está obligada a brindar acceso a la información, porque no toma «decisiones automatizadas» en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, y quien toma su decisión con base en el valor de scoring generado de forma automatizada y que, en virtud del artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, está obligado a brindar acceso a la información, no puede proporcionar la información necesaria pues no dispone de la misma.
- 32 Si la generación del valor de scoring por una agencia de información está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, del RGPD, esta laguna de tutela judicial se vería colmada. De ser así, no solo la generación de valores de scoring estaría comprendida en la prohibición establecida en el artículo 22, apartado 1, del RGPD, de modo que al estar basada únicamente en un tratamiento automatizado solo sería admisible en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 22, apartado 2, del RGPD y se ajustaría así a la intención del legislador de la Unión de al menos delimitar normativamente ese tipo de decisiones. Este enfoque, habida cuenta de la cláusula de apertura prevista en el

artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD, permite asimismo una regulación detallada por los Estados miembros de ese tipo de toma de decisiones, algo que los actuales requisitos del RGPD en materia de elaboración de perfiles y de toma de decisiones automatizadas les impiden hacer (véase la segunda cuestión prejudicial).

- 33 La laguna de tutela judicial tampoco se ve suficientemente colmada por el derecho de oposición del interesado, previsto en el artículo 21, apartado 1, primera frase, *in fine*, del RGPD. Es cierto que, según dicha disposición, el interesado tiene «derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones». No obstante, en el caso de las agencias de información económica, el interesado generalmente no sabrá que ha sido objeto de un procedimiento de scoring automatizado. Generalmente solo tendrá conocimiento de ello cuando, haciendo referencia al valor de scoring, ya se haya tomado contra el interesado una decisión desfavorable por un tercero responsable del tratamiento. Pues bien, en ese momento, el derecho de oposición ya no le será útil, al menos en lo que respecta al asunto concluido. A este respecto, solo podrá ejercer su derecho de oposición en relación con el tratamiento futuro de datos que efectúe la agencia de información económica.

Segunda cuestión prejudicial:

Normativa de los Estados miembros en materia de scoring

- 34 A tenor del artículo 31, apartado 1, de la BDSG, la admisibilidad del uso de un valor de probabilidad relativo a un determinado comportamiento futuro de una persona física a fin de tomar una decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con dicha persona (scoring) depende de que se cumplan requisitos adicionales. Conforme al artículo 31, apartado 2, de la BDSG, el uso de un valor de probabilidad determinado por agencias de información económica, relativo a la capacidad y voluntad de pago de una persona física, cuando se incluya información sobre derechos de crédito, solamente será admisible si se cumplen los requisitos del artículo 31, apartado 1, de la BDSG y solo se tienen en cuenta aquellos derechos referentes a una prestación adeudada que no fue realizada a pesar de haber vencido si se cumplen otros requisitos específicos, y todo ello sin perjuicio de la licitud del tratamiento, incluida la determinación de valores de probabilidad, de otros datos pertinentes a efectos de solvencia con arreglo a la legislación general en materia de protección de datos.
- 35 De este modo, en el artículo 31 de la BDSG, el legislador alemán, en esencia, establece normas relativas al scoring como supuesto de elaboración de perfiles. El órgano jurisdiccional remitente alberga serias dudas en cuanto a la compatibilidad de estas disposiciones con el artículo 22 del RGPD, en la medida en que el

legislador alemán solo regula el «uso» del «valor de probabilidad» y no la generación del valor de probabilidad en sí misma.

- 36 El artículo 31 de la BDSG es exhaustivo a este respecto, pues solo convierte la elaboración de perfiles en su objeto normativo en la medida en que sea el fundamento de una decisión basada en la misma. Ahora bien, en ese sentido, el punto de referencia de la prohibición es únicamente la *decisión* y no la elaboración de perfiles que la precedió. Ni el artículo 22 del RGPD ni otras disposiciones del RGPD establecen requisitos sustantivos específicos relativos a la licitud del tratamiento de datos con fines de elaboración de perfiles en forma del propio scoring. Por lo demás, por lo que se refiere a la elaboración de perfiles, solo es posible encontrar normas relativas a las obligaciones de información en el artículo 14, apartado 2, letra g), del RGPD, el derecho de acceso en el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, pero siempre referidas únicamente a la existencia de decisiones automatizadas y no a la propia elaboración de perfiles, así como relativas al derecho de oposición del interesado en el artículo 21, apartado 1, primera frase, *in fine*, del RGPD y en otras disposiciones, no relevantes para el presente procedimiento.
- 37 En consecuencia, a falta de disposiciones específicas, la admisibilidad de la elaboración de perfiles, en la medida en que, en forma de scoring, no está cubierta por el artículo 22 del RGPD por medio de la decisión basada en aquella, viene determinada, por lo demás, por los supuestos generales de tratamiento previstos en el artículo 6 del RGPD. Al vincular el scoring a requisitos sustanciales adicionales en cuanto a su admisibilidad, el legislador alemán especifica la materia normativa más allá de lo dispuesto en los artículos 6 y 22 del RGPD. Ahora bien, carece de la facultad normativa para hacerlo.
- 38 Tal facultad normativa no puede deducirse, en particular, del artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD. El RGPD solo confiere competencia normativa a los Estados miembros en materia de elaboración de perfiles cuando una decisión está basada *únicamente* en el tratamiento automatizado. En cambio, el artículo 31 de la BDSG establece, sin distinción alguna, normas aplicables a las decisiones, incluso no automatizadas, pero regula en dichas normas la admisibilidad del uso del tratamiento de datos con fines de scoring. Pues bien, de la sistemática del artículo 22 del RGPD y de los supuestos generales de tratamiento contemplados en el artículo 6 del RGPD se desprende que la admisibilidad de las decisiones que *no* se basan en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, se rige por el artículo 6 del RGPD. Este objeto normativo está vedado a los legisladores nacionales, lo que podría considerarse una renuncia deliberada a la regulación por parte del legislador de la Unión. Es evidente que el legislador de la Unión tampoco quiso imponer exigencias más específicas en materia de elaboración de perfiles. Así, lo que no puede hacer el legislador de un Estado miembro es precisamente eso o, al menos en el marco del artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD, solo si la normativa del Estado miembro exclusivamente prevé requisitos legales relativos a aquellas decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado.

- 39 Así sucede, en particular, en la medida en que el RGPD es un reglamento en el sentido del artículo 288 TFUE, [párrafo segundo]. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el legislador nacional no puede disponer por ley valoraciones definitivas (en este caso, el artículo 31 de la BDSG) respecto de exigencias formuladas en abstracto por el legislador europeo (en este caso, los artículos 6 y 22 del RGPD), en lo que se refiere a requisitos establecidos en una directiva (Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 2016, Breyer/Alemania, C-582/14, EU:C:2016:779, apartados 62 y ss.). Lo mismo debe poder afirmarse, con mayor razón, por lo que respecta a requisitos contenidos en un reglamento, como sucede en el caso de autos.
- 40 Resulta significativo que el legislador alemán tampoco indique, en su exposición de motivos relativa al artículo 31 de la BDSG, en qué se basa su competencia normativa por lo que respecta a dicha disposición. La motivación de la ley resulta de indicaciones más o menos genéricas que señalan que esta disposición reproduce las disposiciones anteriores de los artículos 28a y 28b de la BDSG, en su versión anterior, y que las normas sustantivas siguen siendo pertinentes. En cambio, en el borrador del Bundesministerium des Innern (Ministerio Federal del Interior) de 11 de noviembre de 2016, pp. 93 y 94, todavía se señalaba que la potestad normativa de los Estados miembros resultaba de la «consideración en conjunto de los artículos 6, apartado 4, y 23, apartado 1», del RGPD. Sin embargo, en el transcurso del procedimiento legislativo se prescindió claramente de este planteamiento, que de por sí era insostenible.

IV.

- 41 De lo anterior resulta que es necesario remitir una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. El resultado del litigio depende de la respuesta a las cuestiones prejudiciales.
- 42 El procedimiento depende de la respuesta que se dé a la primera cuestión prejudicial. En el supuesto de que el artículo 22, apartado 1, del RGPD deba interpretarse en el sentido de que la generación de un valor de scoring por una agencia de información económica constituye una decisión autónoma en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD, esta actividad, que es su actividad principal, estaría sujeta a la prohibición de las decisiones individuales automatizadas. En ese supuesto, sería necesaria una base jurídica propia del Estado miembro en el sentido del artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD, para lo cual solamente podría considerarse el artículo 31 de la BDSG. Pues bien, existen serias dudas precisamente en cuanto a su compatibilidad con el artículo 22, apartado 1, del RGPD. Si no fuese compatible, la interviniente no solo estaría actuando sin base jurídica, sino que *ipso iure* estaría vulnerando también la prohibición prevista en el artículo 22, apartado 1, del RGPD. En consecuencia, la demandante también tendría, frente a la demandada, derecho a que, como autoridad de control, esta examine (o más bien continúe examinando) su caso.

- 43 En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, es decir, si la propia elaboración de perfiles no es una decisión en el sentido del apartado 22, apartados 1 y 2, del RGPD, entonces la cláusula de apertura prevista en el artículo 22, apartado 2, letra b), del RGPD tampoco se aplicaría a las normativas nacionales relativas a la elaboración de perfiles. Por consiguiente, debido al carácter en principio exhaustivo del RGPD, que persigue una armonización plena, es preciso buscar otra potestad normativa que brinde cobertura a las normativas nacionales. Pues bien, en la medida en que, como se ha expuesto anteriormente, aquella no se aprecia ni resulta, en particular, de los requisitos elementales establecidos en el RGPD, la normativa nacional del artículo 31 de la BDSG no es aplicable, lo que modifica el alcance del examen de la autoridad nacional de control, que debería entonces apreciar la compatibilidad de la actividad de las agencias de información económica recurriendo al artículo 6 del RGPD.

V.

- 44 Esta resolución no es recurrible.

[*omissis*]

Wiesbaden, a 7 de octubre de 2021

[*omissis*] [firmas; diligencia de autenticación]