

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21, OQ vs. Land Hessen,
con intervención de SCHUFA Holding AG**

**SOBRE LA APLICACIÓN DEL ART. 22 RGPD (DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS) A LAS EMPRESAS DE *SCORING*
(GENERACIÓN DE VALORES DE PROBABILIDAD PARA CATEGORIZAR A LAS PERSONAS Y PREVER ESTADÍSTICAMENTE SU
COMPORTAMIENTO)**

El art. 22 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 (RGPD)* consagra (apdo. 1) el derecho de las personas a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en ellas o les afecte significativamente de modo similar, cabiendo solo si (apdo. 2) se basa en su consentimiento explícito, es necesaria para la celebración de un contrato entre el interesado y el responsable o hay una norma nacional habilitante que establezca, además, adecuadas medidas y salvaguardas.

En el caso, la demandante, OQ, solicitó, como tantas otras personas, un préstamo que le fue denegado por la entidad bancaria como consecuencia del informe negativo sobre su solvencia que emitió una sociedad de *scoring* llamada SCHUFA. El *scoring* supone la calificación de la solvencia de los consumidores a partir de la aplicación de procedimientos matemáticos o estadísticos (comparando con sujetos de características similares, las que sean que son tratadas) sobre ciertos datos de dichas personas, de manera que da un resultado sobre la probabilidad de devolución de lo prestado. Ante la denegación, OQ se dirigió a SCHUFA para que le facilitara información sobre los datos personales tratados en dicho proceso y que suprimiera los que pudieran ser erróneos. SCHUFA contestó de manera genérica y exponiendo los métodos de cálculo a grandes rasgos, pero se negó a comunicar los datos manejados y su ponderación, alegando secreto empresarial; argumentó, además, que ella no tomaba las decisiones, limitándose a facilitar la calificación a sus socios comerciales, que eran quienes, en su caso, adoptaban las decisiones contractuales, como la de denegar el préstamo a la solicitante. Esta reclamó ante la autoridad de datos competente (HBDI), que denegó su pretensión por haber cumplido SCHUFA con las obligaciones que le imponía la normativa alemana (art. 31 BDSG, Ley Federal de Protección de Datos, que regula la generación de valores de probabilidad relativos a comportamientos futuros). OQ recurrió la resolución ante el tribunal competente (el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden), que planteó la cuestión prejudicial que ahora resuelve el TJUE en torno a la interpretación del art. 22 RGPD y a la «generación» del valor de probabilidad por

parte de la sociedad de *scoring*, más allá del uso que del mismo haga el destinatario de dicho valor (la entidad de crédito, para aceptar o denegar este).

El órgano jurisdiccional pregunta, en primer lugar, si la actividad que hace la sociedad de *scoring* constituye ya, en sí misma, una «decisión individual automatizada» con arreglo al art. 22.1 RGPD, siendo como es que la posterior decisión del tercero (conceder o no el préstamo) depende de manera determinante de dicho valor de probabilidad. Si así fuera, dicha entidad no podría realizarla salvo en los casos previstos en el art. 22.2, que incluyen la normativa nacional, sobre la que versa, precisamente, una segunda cuestión, referida a si cabe una normativa estatal que la permita si se cumplen determinados requisitos adicionales.

Para el TJUE, la aplicabilidad del art. 22.1 depende de cómo se interpreten sus requisitos cumulativos: Lo prohibido es (1) una «decisión», (2) «basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles» y (3) que produce «efectos jurídicos» en el interesado o que lo «afecta *significativamente* de modo similar».

Por lo que respecta al primero, con cita del considerando 71 RGPD y las [Conclusiones del Abogado General](#) (punto 38), el TJUE afirma que el término «decisión» debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo cualquier acto con potencial para afectar al interesado, como puede ser el cálculo de un valor de probabilidad relativo a su solvencia.

Respecto del segundo, no parece haber duda alguna de que estamos ante una actividad, la de *scoring*, jurídicamente reconducible a la «elaboración de perfiles», tal cual se define en el art. 4.4 RGPD: 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.

Por último, del planteamiento del supuesto se deduce, dice el Tribunal, que la acción del tercero al que se transmite el valor de probabilidad obtenido por la empresa de *scoring* está basada «de un modo determinante» en dicho valor: «Un valor de probabilidad insuficiente», dice el Tribunal, «dará lugar, en la práctica totalidad de los casos, a que el banco deniegue la concesión del préstamo solicitado».

En definitiva, el valor de probabilidad generado por la empresa de *scoring* produce efectos jurídicos para el interesado o afecta a este de forma significativa de modo similar, en cuanto el tercero basa su decisión de forma determinante en dicho valor. Y, por lo tanto, por principio, dicho tratamiento está prohibido por principio por el art. 22 RGPD, sin que el interesado necesite siquiera invocarlo proactivamente. Solo las excepciones previstas en el art. 22.2 permitirían ese tratamiento (en todo caso, con las garantías adecuadas) y, además, de llegar a adoptarse la decisión automatizada, el responsable estaría sujeto a las obligaciones de información adicionales previstas en los arts. 13.2.f y 14.2.g RGPD (vid. más adelante).

Todo ello (prohibición de principio, a salvo las excepciones, y obligaciones de información) es aplicable a la empresa generadora del valor probabilístico y no solo a la

contraparte del interesado que le deniega el préstamo, pues de lo contrario (con una interpretación restrictiva), se eludiría el art. 22 RGPD, dice el Tribunal: si solo el *uso* del valor probabilístico fuera lo prohibido, el interesado que se dirigiera al banco no obtendría ninguna información relevante sobre los datos o lógica aplicada, pues este no la tiene propiamente; y no podría dirigirse a la empresa de *scoring* si esta realizara un mero acto preparatorio desvinculado absolutamente de la decisión que finalmente perjudica al interesado, pues dicha decisión (la denegación del préstamo) no es tomada por ella, sino por el tercero.

En cuanto a la normativa nacional que pudiera eventualmente autorizar un tratamiento como el previsto (art. 22.2.b RGPD), señala el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar si es suficiente a la luz del precepto europeo, pero en ningún caso pueden las normas estatales establecer normas complementarias para la aplicación de los principios de licitud recogidos en el art. 6.1.a, b y f RGPD. No se pronuncia más el TJUE, al considerar que la respuesta afirmativa a la primera cuestión (el tratamiento hecho por una empresa de *scoring* entra dentro de la prohibición del art. 22.1, a salvo las excepciones) hace innecesaria la segunda. Sí se había pronunciado el AG en sus [Conclusiones](#): debe haber en todo caso, aun con normativa nacional que la permita, una base jurídica adecuada.

En el caso, por lo tanto, el TJUE hace una interpretación amplia y garantista de la prohibición contenida en el art. 22. RGPD, claramente *pro interesado*. Obsérvese, p. ej., la relectura del requisito relativo al adverbio «únicamente» referida al tratamiento automatizado como exigencia de la base de la decisión, como de pasada pero sumamente importante y hasta correctora del tenor literal del reglamento, para evitar la «huida de las garantías» (expresión de [Cotino Hueso](#)) como ejemplo de «huida del Derecho»: la prohibida no es solo la decisión que se base «únicamente» en el tratamiento automatizado, como literalmente dice la norma, sino también cualquier otra en que dicho tratamiento resulte «determinante», adjetivo menos riguroso y excluyente. Ya el GT 29 lo había considerado así para evitar meras apariencias de intervención humana «inventada», rutinaria, con el único fin de evitar la literalidad de la prohibición y las concordantes obligaciones de información ([Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679](#), rev. 2018, p. 23).

Queda, no obstante, alguna otra gran cuestión pendiente en torno a la elaboración de perfiles y la toma automatizada de decisiones, como es la del *alcance del acceso de los interesados a la lógica del algoritmo que les es aplicado* y según el cual se toma la decisión automatizada. Los arts. 13.2.f, 14.2.g y 15.1.h RGPD obligan al responsable del tratamiento a incluir, entre la información a facilitar al interesado a la hora de tratar sus datos, «información significativa sobre la *lógica aplicada*, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado», en particular «cuando haya decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles» a que se refiere el art. 22. Ahora bien... ¿cuál es exactamente la información a facilitar? No se olvide que, precisamente, en el caso SCHUFA, la interesada decide reclamar cuando considera *insuficiente* la información que le es facilitada en un primer momento en

ejercicio de su derecho de acceso. Sin duda, la información debe incluir la relación de datos personales manejados y las fuentes de los mismos, pero explicar la lógica tras la decisión es más complicado: ha de ir más allá de meras exposiciones generales (ha de ser «significativa» y «suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión», dicen las citadas [Directrices](#) del GT29, p. 28, entre otros requisitos), aunque plantea dudas el acceso al algoritmo en sí o al código fuente de los programas en que este se materializa, cuyo secreto pretenden proteger las empresas vía propiedad intelectual y secreto empresarial. La cuestión trasciende el presente y breve comentario, pero ya hay algunos casos donde se ha planteado, con resultados dispares, y de los cuales cabe dar breve noticia: así, el llamado caso BOSCO, en torno al programa que gestiona la concesión del bono social eléctrico, en el que el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo [mantiene](#) la denegación del acceso al código [acordada](#) por el Consejo de Transparencia. Fuera, han sido famosos los casos [SyRI](#) (en el que un tribunal holandés prohibió en 2020 la utilización del programa por la falta de información y transparencia sobre el mismo por parte del Gobierno) y [COMPAS](#) (herramienta que valora el riesgo de reincidencia de delincuentes, declarada legal por un tribunal estadounidense en 2017).

Todo lo expuesto, además, tiene importantes derivadas en sede de la regulación europea de la inteligencia artificial (IA), actualmente lista para su aprobación definitiva. Entre los principios normativos que la inspiran (punto 3.5 de la EM y art. 70 de la [Propuesta](#)), se hace necesario coordinar el secreto de los algoritmos y códigos con la transparencia de su funcionamiento, en particular, cuando sirven para la toma de decisiones que afectan a intereses personales, económicos y jurídicos de las personas.

Juan Pablo APARICIO VAQUERO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
juanpa@usal.es