

ANÁLISIS DE LA LEY 19.812 Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SCORING CREDITICIO O MODELO DE CALIFICACIÓN CREDITICIA

Ennio Gambi Moreira

Abogado – Pontificia Universidad Católica de Chile
Diplomado en Derecho Informático – Universidad de Chile

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LEY 19.812: ELIMINACIÓN DEL CONCEPTO “ACLARACIÓN DE UNA DEUDA MOROSA PAGADA”.- 2.1.- Génesis de la Ley 19.812.- 2.2.- Modificaciones de la Ley 19.812.- 2.3.- Concepto de “Aclaración de una Deuda Morosa Pagada”.- 2.4.- Eliminación de la “Aclaración de una Deuda Morosa Pagada”.- 3.- ¿MODELOS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA, UN TRATAMIENTO INDEBIDO DE DATOS? 3.1.- Fenómeno actual.- 3.2.- Breve historia de los Sistemas de Scoring.- 3.3.- Modelos de Calificación Crediticia o Scoring Crediticio.- 3.4.- Aprovisionamiento de la materia prima del Scoring: Información sobre consumidores.- 3.5.- Análisis de los Scoring de Credit Bureau conforme a la Ley 19.628.- 3.6.- El Scoring Crediticio frente a los Principios de Finalidad y de Calidad de los Datos.- 3.7.- Garantías ante la transmisión de datos personales a través de los Modelos de Calificación Crediticia.- 3.8.- El tratamiento de datos patrimoniales como objetivo primordial de los Modelos de Calificación Crediticia.- 3.9.- Tratamiento de datos personales a través de los Modelos de Calificación Crediticia propios de las Instituciones Bancarias.- 3.10.- Modelos de Evaluación de Riesgo conforme al Capítulo 7-10 “Provisiones por Riesgo de Crédito” 4.- CONCLUSIONES.- 5. BIBLIOGRAFÍA.-

1. INTRODUCCIÓN

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.812, publicada en el Diario Oficial del 13 de junio de 2002, han surgido diversas dudas y/o discusiones acerca de sus reales consecuencias más allá de las modificaciones concretas que dicha norma introdujo a la Ley 19.628 en materia de tratamiento de datos patrimoniales.

En efecto, las modificaciones incorporadas al régimen de tratamiento de datos patrimoniales tuvieron su origen en un proyecto de ley que pretendió mitigar una de las consecuencias negativas del estancamiento de nuestra economía vivido entre los años 1998 y 2002, esto es, lograr una mayor reinserción laboral de aquellas personas que incurrieron en incumplimientos de obligaciones comerciales y bancarias a causa de dicha situación.

El factor que determinó la rápida tramitación del proyecto de ley en relación a los tiempos normales en que se despachan los proyectos en el Congreso Nacional, fue el alto índice de cesantía de nuestro país durante el segundo semestre de 2001 y el primero del 2002, aproximadamente. Ello impidió realizar un estudio más detenido de la magnitud de las modificaciones introducidas en relación a la totalidad de las disposiciones de la Ley 19.628.

Consecuencia inmediata de lo anterior fue que, al poco tiempo de la entrada en vigencia de la Ley 19.628, surgieron voces que alertaron sobre ciertas incongruencias y contradicciones internas de la legislación sobre protección de la vida privada, en especial respecto de la procedencia del cobro de una tarifa frente al pago de una obligación o su extinción por otro modo legal.

Por otro lado, el surgimiento de nuevas instituciones bancarias focalizadas hacia determinados mercados de consumidores, en especial, las pequeñas y medianas empresas y el mercado de los créditos de consumo, ha otorgado gran relevancia a la necesidad de disponer de información suficiente y confiable sobre los consumidores a objeto de minimizar los riesgos de insolvencia o no cumplimiento de los créditos otorgados. En efecto, en las operaciones crediticias de consumo, de capital de trabajo y de microinversiones resulta más eficiente para el otorgante evaluar cada solicitud en base a los méritos del solicitante respectivo en lugar de los potenciales beneficios de la utilización proyectada del crédito.

El manejo adecuado de la información sobre consumidores, aplicada directamente al análisis de riesgo crediticio, requiere el desarrollo de herramientas y productos de evaluación predictiva. Una de las aplicaciones más difundidas lo constituye el "Scoring Crediticio" o "Modelos de Calificación Crediticia", caracterizado por utilizar una gran cantidad de bases de datos a objeto de entregar un resultado estadístico útil y, en ocasiones, determinante en la evaluación y otorgamiento de un crédito.

Particular importancia han adquirido los Modelos de Calificación Crediticia que otorgan a las empresas cuyo giro son actividades de gestión y comercialización de servicios de información de riesgo crediticio, en los cuales la disponibilidad, suficiencia y confiabilidad de la información resulta vital para la viabilidad de tales modelos. En la experiencia internacional estos modelos suelen bordear los límites de lo ilícito en la consecución de información de entrada.

En nuestro país, desde hace dos años a la fecha actual, los modelos de calificación crediticia han sido valorizados y exigidos por la autoridad regulatoria de las instituciones bancarias, toda vez que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras puso en marcha un nuevo modelo regulatorio para la elaboración de provisiones bancarias, el cual exige a los bancos utilizar modelos o métodos de evaluación más apropiados según el tipo de carteras u operaciones que realicen. Cabe agregar que este modelo otorga un enorme grado de libertad a las instituciones bancarias para desarrollar sus propios modelos de evaluación de riesgos con-

forme a sus estrategias de negocios y mercados objetivos, donde la única limitante es el cumplimiento de determinadas exigencias "regulatorias", tales como conocer el comportamiento "histórico" de pago del deudor, tanto en el sistema financiero como en el cumplimiento de sus demás obligaciones.

Las dos situaciones precedentemente señaladas inciden directamente en el régimen actual del tratamiento de datos patrimoniales, evidenciando la existencia de actividades comerciales que, si bien se rigen conforme a la Ley 19.628, no es menos cierto que la vulneran en ciertas materias.

Pues bien, el objetivo de la presente monografía consiste en identificar y describir determinadas situaciones que afectan al régimen actual del tratamiento de datos patrimoniales, una en cuanto constituye un tratamiento indebido de datos y la otra, como eventual vulneración del régimen en comento.

El interés del suscrito en investigar las circunstancias descritas obedece al conocimiento concreto y práctico que he desarrollado en el ámbito de la asesoría legal en materia del tratamiento de datos personales, el cual me ha permitido desarrollar una visión crítica acerca del actual estado del desarrollo de la actividad comercial de prestación de servicios de información comercial y bancaria. Es así como, a través de este trabajo, pretendo contribuir al perfeccionamiento de nuestro sistema de protección de datos personales y, por qué no, ser el impulso para eventuales modificaciones legales que subsanen situaciones de tratamiento indebido de datos.

2. LEY N° 19.812: ELIMINACIÓN DEL CONCEPTO "ACLARACIÓN DE UNA DEUDA MOROSA PAGADA"

2.1. Génesis de la Ley 19.812

Las negativas consecuencias del estancamiento de nuestra economía entre los años 1998 y 2002, en particular los altos índices de cesantía, motivaron a un grupo de diputados liderados por Eugenio Tuma a impulsar una moción parlamentaria destinada a favorecer la reinserción laboral de las personas naturales que tuvieran registros sobre morosidades y documentos protestados, mediante la modificación de determinadas normas sobre tratamiento de datos patrimoniales.

Luego de una ardua discusión en las diferentes sesiones en que se discutieron los términos del proyecto de ley, en las cuales tuvieron particular participación los representantes de las entidades dedicadas al tratamiento de información comercial más grandes del país, con fecha 06 de junio de 2002 el Congreso Nacional envió a S.E. el Presidente de la República un oficio con las modificaciones aprobadas a la Ley 19.628 a objeto que fueran promulgadas y posteriormente publicadas.

Es así como el 13 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.812 que introdujo importantes modificaciones a la Ley 19.628 sobre Tratamiento de Datos Personales y Protección de la Vida Privada.

2.2. Modificaciones de la Ley 19.812

Conforme al texto publicado en el Diario Oficial, se introdujeron modificaciones de carácter permanente y otras de orden transitorio. En lo que se refiere al presente trabajo, de las modificaciones permanentes o definitivas interesa aquella que reemplazó los incisos primero y segundo del artículo 18, de conformidad al siguiente tenor:

“Artículo 18.- En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal.”.

De esta forma, se redujo el plazo, de 7 a 5 años, dentro del cual el responsable del banco de datos que verse sobre obligaciones de carácter financiero, bancario, económico o comercial a que se refiere el artículo 17, puede comunicarlas legítimamente.

Por su parte, se puso término al llamado “registro histórico” de las deudas morosas pagadas, que anteriormente estigmatizaban por tres años a aquellas personas que habían pagado sus obligaciones morosas. En efecto, se prohibió expresamente la comunicación de los datos referidos a las obligaciones señaladas en el artículo 17 una vez efectuado el pago o bien extinguidas éstas por otro modo legal.

2.3. Concepto de “Aclaración de una deuda morosa pagada”

Este concepto consiste en el cobro de una tarifa, de cargo del deudor, por el hecho que el responsable del banco de datos accesible al público que en su oportunidad comunicó una morosidad, consigne el nuevo dato con motivo del pago de la obligación morosa o su extinción por otro modo legal en que haya intervenido el acreedor. Se encuentra establecido en el inciso 2º del artículo 19.

Desde ya, cabe señalar que dicha disposición merece todo tipo de reparos, en particular desde el punto de vista de la igualdad constitucional, toda vez que no existe otra norma legal que exija al deudor que ha pagado una obligación morosa de distinta naturaleza, pagar adicionalmente a los intereses y reajustes legales, una determinada tarifa por el hecho de actualizar su propia información. Es importante recordar que, conforme a las actas de la discusión parlamentaria de la Ley 19.628, la incorporación de la tarifa fue consecuencia de pretender legalizar el régimen anterior propio del Boletín de Informaciones Comerciales. No existe otro antecedente que permita explicar razonable y lógicamente la incorporación del concepto en análisis, más aún si se piensa por qué la ley en comento no entregó ningún elemento que permitiese reglar los montos máximos de la tarifa a cobrar, concluyendo forzosamente que ello será determinado conforme a las reglas del mercado.

2.4. Eliminación de la “Aclaración de una deuda morosa pagada”

Pues bien, desde la entrada en vigencia de la Ley 19.812, ya no existe fundamento legal alguno que faculte a los operadores de bases de datos a exigir al deudor el pago de una determinada tarifa por aclarar su obligación morosa pagada.

En efecto, el nuevo régimen legal de tratamiento de información establecido por la referida Ley 19.812 dispone que, pagada una obligación o bien extinguida por otro modo legal, no se puede continuar comunicando ningún dato referido a dicha obligación.

Lo anterior resulta lógico por tratarse de *información caduca*, cuya comunicación está expresamente prohibida por la Ley 19.628 al punto que todo operador, sin requerimiento alguno, debe eliminar directamente la información caduca de la que dispone. De esta manera, siendo “información de carácter caduco”, a una obligación morosa pagada o extinguida por otro modo legal, es plenamente aplicable en la especie lo señalado en el inciso 5º del artículo 12 de la Ley, en el sentido que todo titular de datos personales tiene el derecho o la facultad de exigir, en forma absolutamente gratuita, que sus datos sean eliminados cuando fueren caducos.

En efecto, el derecho a la modificación de los datos propios consagrado en el inciso 2º del artículo señalado precedentemente, permite a todo titular de datos personales exigir además la eliminación de tales datos cuando éstos fueren caducos.

Lo señalado en los párrafos anteriores demuestra la excesiva premura con que se tramitó el proyecto que dio origen a la Ley 19.812, lo que significó que hoy en día coexistan en la Ley 19.628 disposiciones que se encuentran en abierta contradicción, a saber, los artículos 18 y 19 con relación al artículo 12. Por la importancia que el legislador le otorgó a los derechos fundamentales de todo titular de datos personales, debe prevalecer la postura de que el concepto del pago de una tarifa por aclarar una morosidad, cualquiera que fuere su naturaleza, establecido en el inciso 2º del artículo 19 de la Ley 19.628, fue tácitamente derogado con motivo de las modificaciones introducidas por la Ley 19.812, *de tal forma que seguir comunicando el pago de una obligación mientras el deudor no pague la tarifa por aclaración, constituye abiertamente un tratamiento indebido de datos.*

Por último, si bien un operador de base de datos puede argumentar que no existe impedimento legal para mantener o bien generar las aclaraciones por cuanto la Ley 19.812 no suprimió expresamente las referencias a éstas contenidas en el inciso 2º del artículo 19º en comento, como también por el hecho que la prohibición del artículo 18 solamente se refiere a continuar comunicando información caduca y no a su almacenamiento u otra operación, no es menos cierto que el espíritu del legislador no fue otro que establecer la no exigencia del pago de una tarifa por aclarar una morosidad, habida consideración que en las respectivas actas de discusión parlamentaria de la Ley 19.812 se dejó expresa constancia de la improcedencia de exigir el pago de una tarifa a objeto que la deuda, ya solucionada, deje de figurar en las bases de datos.

3. ¿MODELOS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA, UN TRATAMIENTO INDEBIDO DE DATOS?

3.1. Fenómeno actual

Una de las características más relevantes de la sociedad de la información de hoy en día, es la automatización y comunicación de gran cantidad de datos, en especial, de carácter personal, gracias al desarrollo tecnológico-informático, informático-estadístico y económico-comercial, el cual ha generado la capacidad de realizar un gran número de transacciones y operaciones necesarias para ello por unidad de tiempo. Entre los sectores que han efectuado un uso de tales capacidades destacan el comercio detallista a gran escala y la intermediación financiera.

Dicho fenómeno presenta implicancias en el sector de los servicios de intermediación financiera, en especial, en el mercado de la información para la acción, esto es, aquel en el cual la disponibilidad de información en forma oportuna, íntegra y veraz resulta fundamental como herramienta de apoyo en los procesos de análisis y toma de decisiones crediticias.

Es en dicho escenario donde surge con gran fuerza la utilidad de los denominados “*Sistemas de Scoring*” en cuanto herramienta predictiva de gran valor al momento de evaluar el riesgo de operaciones crediticias.

3.2. Breve historia de los Sistemas de Scoring

Los primeros sistemas de scoring se desarrollaron en la década de los cincuenta mediante la implementación de “*scores internos de comportamiento*” por parte de bancos pioneros en los Estados Unidos de Norteamérica, los cuales eran utilizados para la gestión de las cuentas de dichos bancos en base a la propia información que manejaban.

Posteriormente surgieron los “*scorings de aceptación*” conforme a los cuales se ranqueaba a los solicitantes de crédito según la propia calificación de buenos o malos que efectuaba una determinada institución bancaria.

Por su parte, numerosas entidades e instituciones distintas de las entidades bancarias, requerían gran cantidad de información en sus procesos de análisis de solicitudes de créditos de nivel retailing, para los cuales resultaban insuficientes los modelos de scoring ya existentes. Ello dio lugar a la creación de los “*Sistemas Nacionales de Calificación Crediticia de Consumidores de Crédito*” denominados como Scorings de “Credit Bureau”.

Mientras que un sistema interno de scoring de un banco se alimenta conforme a sus propias bases de datos, un scoring de credit bureau requiere el aporte centralizado de información pertinente entregada por la totalidad de las instituciones comerciales otorgantes de crédito de un país.

Hoy en día, en los países más adelantados los scoring de credit bureau son ampliamente utilizados por los más diversos otorgantes de crédito al minoreo y, en términos generales, por entidades en que resulta económicamente más conveniente calificar el riesgo crediticio en base al comportamiento del demandante que en atención a los méritos de la inversión.

La realidad de nuestro país se caracteriza por la amplia difusión y utilización de los servicios de información de riesgo crediticio, mayormente conocidos como “servicios de información comercial” en rubros como el comercio detallista, la industria de tarjetas de crédito, industria aseguradora, empresas de factoring, cobranzas, como también por parte de las instituciones bancarias tradicionales y emergentes.

Por el contrario, los scoring de credit bureau no han tenido una difusión y utilización similar a la experimentada en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que los potenciales usuarios de éstos no han madurado lo suficiente para considerar a tal producto como una poderosa herramienta en la toma de decisiones crediticias. No obstante ello, recientemente la autoridad regulatoria de las instituciones bancarias, a saber, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, ha promovido el desarrollo e implementación por parte de los bancos de modelos de calificación crediticia más adecuados a objeto de mantener permanentemente evaluada la totalidad de su cartera de colocaciones, constituyendo oportunamente las provisiones necesarias, iniciativa a la cual me referiré en el Punto 3.9 siguiente.

Las proyecciones tienden hacia una globalización de la industria de servicios financieros en el futuro y su transformación correspondiente (en especial su transregionalización). Esta industria requerirá, como elemento vital, incluso a nivel local, la disponibilidad fluida de grandes cantidades de información de consumidores.

Con todo, hoy en día el ámbito propio de utilización de evaluaciones predictivas del tipo scoring es el de los créditos de consumo, de capital de trabajo y microinversiones no superiores a una cierta cota, más allá de las cuales resulta imprudente prescindir de los instrumentos de evaluación técnico-económica de cada proyecto.

Es en estos ámbitos donde los antecedentes sobre el comportamiento financiero, bancario y comercial de los consumidores son mayormente apreciados por parte de las empresas proveedoras de servicios de scoring del tipo “credit bureau”, con la particularidad que, para que el modelo sea altamente predictivo y cumpla sus objetivos, resulta relevante la disponibilidad de información “histórica” no comprendida en los periodos de tiempo legítimos para el tratamiento y comunicación de información, como también el permanente acrecentamiento y actualización de la misma.

3.3. Modelos de Calificación Crediticia o Scoring Crediticio

Son modelos computacionales cuyos resultados son utilizados por entidades otorgantes de créditos o préstamos al minoreo y cuyo objetivo principal es calificar a los potenciales recipientes de éstos en apoyo a los procesos de evaluación y decisión. Actualmente son amplia y cada vez más utilizados en el mundo, particularmente por la industria de servicios financieros que opera en el área del crédito “retailing”, establecimientos comerciales que utilizan otras diversas formas de crédito al minoreo, entre otras.

Existen diferentes categorías de modelos de calificación crediticia, donde la distinción obedece a factores externos múltiples relacionados con aspectos tales como el rubro de la

industria en que operan, el tipo de usuarios, la envergadura y calidad de las bases de datos utilizadas, etc.

La industria bancaria es la que presenta la más amplia variedad en la utilización de estos modelos, siendo pionera en la creación de los modelos de scoring crediticio con el desarrollo de los primeros sistemas de calificación del comportamiento de su base de clientes, a los que siguieron los scorings de aceptación para evaluar a nuevos postulantes a crédito.

De esta manera, en la industria bancaria se identifican los siguientes modelos:

- Scoring de comportamiento, utilizados para la gestión de cuentas, incluyendo actividades tales como aumento y disminuciones de líneas de crédito, sobregiros convenidos, etc.;
- Los tradicionales scorings de aceptación, mediante los cuales un banco aplica su propia definición de lo que para él son buenas y malas cuentas, a fin de identificar y ranquear a los solicitantes de crédito;
- Scoring de cobranza, cuyo objeto es determinar con mayor precisión las cuentas que pueden resultar mayormente cobrables; y
- Scoring de rentabilidad, utilizados para identificar los segmentos de mercado más rentables.

Por su parte, en las industrias no propiamente bancarias que operan en los mercados de crédito minorista, el producto de calificación más ampliamente difundido es sin duda el "Credit Bureau Scorings". Tal modelo también es utilizado por los bancos pero en forma complementaria a sus modelos internos, sea para fines de validación, certificación, entre otros. La denominación "Credit Bureau Scorings" deriva del nombre "credit bureau" que se otorga en los Estados Unidos de Norteamérica al giro comercial de las empresas dedicadas a las actividades comerciales de gestión y comercialización de información de riesgo crediticio. Actualmente en dicho país tal industria está dominada por tres grandes empresas transnacionales: Equifax, Experian y TransUnion.

Las características más relevantes de scoring de credit bureau consisten en:

- Producto de tipo genérico vendido al menudeo a todo tipo de otorgantes de microcrédito y para usos conexos;
- Utilización de grandes bases de datos, de diversa naturaleza y de variadas fuentes;
- Buena potencia predictiva para perfiles individuales o colectivos;
- La calificación abarca la generalidad de segmentos, incluso los no bancarizables;
- Ampliamente conocidos por la población, aun cuando tienden a ser impopulares.

3.4. Aprovisionamiento de la materia prima del Scoring: Información sobre consumidores

Todo sistema de scoring elabora sus productos a partir de datos escogidos o de ciertos tipos específicos, que necesita en forma oportuna en las distintas fases de gestación y vida del sistema. El mecanismo de obtención de los datos requeridos no es parte intrínseca de la esencia de un sistema de scoring, pero la disponibilidad de información específica es una condicionante vital para la viabilidad del sistema. En este sentido, la posición del calificador con respecto a la población calificada difiere significativamente del tipo de scoring. Así, en el caso del scoring bancario interno del tipo «aceptación» y «comportamiento» de sus bases de datos, el calificador está en una posición que le permite exigir del calificado los datos necesarios (existencia de contratos bancarios cuyas cláusulas contemplan dicha exigencia, contratos que están sujetos a reserva o secreto bancario).

En el caso del credit bureau, la posición resulta más compleja ya que el calificador actúa como un tercero en la relación entre el calificado y el acreedor potencial, donde en la experiencia internacional este tipo de scorings bordea los límites de lo ilícito en la consecución de la información de entrada.

En este sentido, la vigencia y validez de un sistema de scoring requiere una permanente actualización, lo que junto a su plusvalía, esto es, el tratarse de información de valor que el destinatario utilizará como una herramienta orientadora en la toma de decisiones que lleve a adoptar una decisión lo más acertada posible, constituyen poderosas razones para que una empresa prestadora de servicios de scoring de credit bureau elabore y desarrolle el modelo de calificación crediticia sobre la base de información de carácter "histórico", o bien con antecedentes cuyo tratamiento requiere el consentimiento previo del titular de datos personales e información cuyo conocimiento y utilización está permitido sólo para determinadas instituciones y para específicas finalidades.

3.5. Análisis de los Scoring de Credit Bureau conforme a la Ley 19.628

Los Modelos de Calificación Crediticia constituyen una de las tantas formas de tratamiento de datos personales conforme al concepto señalado en la letra o) del artículo 2º de la Ley 19.628.

En efecto, el legislador tuvo como propósito abarcar la mayor cantidad de operaciones o conjunto de operaciones posibles sobre los datos de carácter personal a objeto de precaver cualquier omisión que pudiera afectar los derechos fundamentales de todo titular de datos personales. Sin embargo, dicho propósito a la vez permite la incorporación de "cualquier forma de utilización" por parte de quienes pretenden efectuar el tratamiento de datos personales, garantizando legalmente el libre ejercicio de una actividad económica sin más límites que los derechos fundamentales de los titulares de datos, la propia Ley 19.628 y las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. Esto último constituye un fiel reflejo del principio de "Libertad en el Tratamiento de Datos Personales".

El legislador estimó oportuno definir ciertas operaciones que forman parte del término genérico "tratamiento", a saber, almacenamiento de datos, bloqueo, comunicación, eliminación o cancelación, entre otras. Todas ellas comparten un elemento común que las diferencia sustancialmente de los Modelos de Calificación Crediticia, cual es su objetividad, toda vez que no comprenden en forma explícita un juicio de valor por parte de quien efectúa el tratamiento de datos personales.

Por el contrario, el Scoring Crediticio lleva implícita una calificación subjetiva por parte del prestador de tales servicios, quien recolecta la mayor cantidad de datos personales posibles, los organiza conforme a los parámetros y características propias del modelo decisional que sustenta el servicio, generando un "score" o "puntaje" asociado a una determinada persona, el cual se mide conforme a las pautas de calificación crediticia determinadas por el calificador.

De esta forma, el Scoring Crediticio contempla diversas formas de tratamiento de datos personales conforme a la enumeración ilustrativa de la letra o) del artículo 2 de la Ley 19.628, en especial, la comunicación o transmisión de datos que, tratándose de este particular modelo de calificación crediticia, significa dar a conocer "indirectamente" datos de carácter personal a personas distintas del titular, determinadas o indeterminadas.

Es importante señalar que un "score" o "puntaje" consecuencia del Scoring Crediticio no puede ser considerado como un "dato estadístico". En efecto, el "score" constituye la expresión numérica de un conjunto de operaciones complejas sobre determinados datos de carácter personal, los cuales no pierden tal carácter por el hecho de no ser comunicados en forma directa, manteniéndose incólume el derecho de todo titular de datos personales de acceder y conocer cada uno de los datos personales propios que sirvieron de base para la generación de un score. Por el contrario, el dato estadístico, desde su origen o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable, descartándose la comunicación indirecta de un dato personal.

3.6. El Scoring Crediticio frente a los Principios de Finalidad y de Calidad de los Datos

La utilización de datos personales para fines diversos de aquellos que justificaron su recogida no queda bajo el amparo de la Ley 19.628, toda vez que ésta, en diversas disposiciones, consagra el Principio de la Finalidad, en cuya virtud quien efectúa el tratamiento de datos personales no debe apartarse del propósito que justifica su tratamiento. La excepción a dicho principio está constituida por los datos que provienen o se recolectan de fuentes accesibles al público toda vez que la naturaleza de dicha fuente no permite condicionar las finalidades a que se destinen los datos.

El Scoring crediticio o modelo de calificación requiere el aprovisionamiento de gran cantidad de bases de datos, sean de fuente de acceso público o restringido. Es en la recogida de datos personales de fuentes de acceso restringido donde es posible que el Scoring crediticio configure un caso de tratamiento indebido de datos personales.

En efecto, el Scoring Crediticio otorga al usuario un determinado "puntaje numérico" que se interpreta conforme a reglas determinadas por el calificador y cuyo resultado puede

incidir en el otorgamiento de un crédito o en su rechazo para el calificado, titular de datos personales. En tal situación, tanto el usuario, como en especial el titular de datos personales, ignora en lo absoluto si el calificador utilizó los datos obtenidos de fuentes de acceso restringido conforme a las finalidades que justificaron su recogida. Es aquí donde el derecho de acceso a la propia información, consagrado en el artículo 12 de la Ley 19.628, adquiere particular relevancia ya que a través de él el titular de datos personales puede exigir la individualización precisa de todos y cada uno de los datos relativos a su persona sobre la base de los cuales se obtuvo un determinado "score". Ello permitiría dilucidar, al menos desde un punto de vista teórico, si los datos emanados de fuentes de acceso restringido, en especial, aquellos que dicen relación con el comportamiento comercial y bancario, fueron utilizados según el propósito con que fueron recolectados.

Íntimamente relacionado con el Principio de la Finalidad, también es posible que mediante los Modelos de Calificación Crediticia se vulnere el Principio de Calidad de Los Datos, que en la Ley 19.628 se encuentra consagrado en el inciso 2° del artículo 9 en el sentido que "la información sobre los datos personales debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos".

En este sentido y habida consideración que para los usuarios del Scoring crediticio resulta más relevante evaluar el riesgo crediticio sobre la base del comportamiento del calificado más que al mérito de la inversión, cabe sostener que un "score" no refleja necesariamente la situación real del calificado, ya que éste requiere, en la mayoría de los casos, la utilización de antecedentes sobre comportamientos históricos a fin de que sea altamente predictivo y permita la adopción de decisiones lo más acertadas posibles.

3.7. Garantías ante la transmisión de datos personales a través de los Modelos de Calificación Crediticia

Actualmente los servicios de información de riesgo crediticio, dentro de los cuales figuran los modelos en referencia, que transmiten y comunican en forma indirecta información sobre datos personales, se realizan a través de medios automatizados, en particular a través de redes electrónicas, sean abiertas como la Internet o bien cerradas como lo fue la antigua EDI (Electronic Data Interchange) o las actuales redes privadas electrónicas de la industria bancaria.

Al respecto, nuestra legislación establece en el artículo 5° de la Ley 19.628 la facultad del responsable del registro o banco de datos de establecer un procedimiento automatizado de transmisión, cuyos límites son el respeto a los derechos fundamentales del titular de datos y que la transmisión diga relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes. Sobre esto último cabe destacar que nos encontramos nuevamente con el Principio de Finalidad, cuyo análisis se efectuó precedentemente.

Las garantías que el legislador establece frente a un requerimiento de datos personales efectuado a través de una red electrónica pueden no ser tan efectivas tratándose de un Scoring Crediticio, toda vez que no existe una transmisión concreta de datos personales, sino que,

como ya se ha señalado, lo que se transmite es el resultado de un complejo proceso estadístico-matemático expresado en un determinado "puntaje".

La individualización del requeriente y del motivo y propósito del requerimiento son garantías cuyo cumplimiento no resulta dificultoso tratándose de un Scoring Crediticio, ya que la primera garantía se determina fácilmente señalando qué o cuál "cliente" solicitó el servicio y la segunda se extrae del respectivo contrato de prestación de servicios o de las condiciones de utilización del mismo, en virtud de los cuales los servicios de Scoring Crediticio se otorgan únicamente como una herramienta para evaluar el riesgo crediticio propio de las actividades del requeriente, no estando permitido un uso distinto. Esto último es una condición que han establecido los operadores de bases de datos a objeto de no asumir ningún tipo de responsabilidad por el uso de un scoring crediticio distinto del señalado en el respectivo contrato, habida consideración que es el propio usuario quien asume la responsabilidad por los actos que adopte a partir de esta herramienta decisional.

Por el contrario, la garantía consistente en dejar constancia del tipo de datos que se transmiten sí puede ser vulnerada a través de los Modelos de Calificación Crediticia, ya que estos no transmiten en forma directa datos personales, de tal forma que, para cumplir con esta garantía el titular de datos personales necesariamente tendrá que hacer uso del derecho establecido en el artículo 12.

Es importante señalar que lo anterior resulta más complejo para el propio titular de datos personales, quien ignora el hecho que la entidad crediticia utilizó un Scoring Crediticio en el análisis del crédito que se está solicitando, entidad que por cierto omitirá informar al titular de datos personales que el rechazo del crédito obedeció a un mal Scoring producto de determinados antecedentes sobre su comportamiento comercial o bancario de carácter "histórico".

Cabe concluir entonces que a través de los Modelos de Calificación Crediticia los titulares de datos personales tienen un escaso control sobre la recopilación, acopio, procesamiento, uso y transmisión de sus datos personales. Este control quedará entregado mayormente a los mecanismos que determine el propio responsable de la base de datos con relación a las obligaciones que la Ley 19.628 le impone, sin perjuicio del control jurisdiccional posterior. En la medida que el responsable sea un organismo público, el titular de datos tendrá certeza acerca de quiénes son, conforme al registro público a que se refiere el artículo 22 de la Ley 19.628, sin embargo quienes proveen servicios de Scoring Crediticio son únicamente empresas privadas, las que no están sujetas a registro ni control alguno en nuestra legislación.

3.8 El tratamiento de datos patrimoniales como objetivo primordial de los Modelos de Calificación Crediticia

La información de carácter patrimonial de las personas, que en nuestra legislación se refiere a datos relativos a las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial especificadas en el artículo 17, constituye la materia prima primordial de los Modelos de Calificación Crediticia. Ello por cuanto la calificación del comportamiento del potencial solicitante de un crédito depende en gran medida de los antecedentes sobre su "conducta comercial" en el cumplimiento oportuno o la mora de sus obligaciones a lo largo del tiempo.

Es así como el usuario del Scoring Crediticio espera disponer de una herramienta que le permita evaluar eficientemente el riesgo de un potencial solicitante, sin ser necesario conocer el detalle de sus incumplimientos comerciales toda vez que el "score" o "puntaje" ha de considerarlo.

En países más avanzados los modelos en referencia han adquirido tal relevancia para el mercado del crédito al minero y, paralelamente, muy impopulares entre los consumidores, que las respectivas legislaciones han regulado específicamente el procesamiento de informes de relevancia comercial, v.g. la "Fair Credit Reporting Act" de los Estados Unidos y la Ley 24.789 que regula las centrales privadas de información de riesgos del Perú.

Conforme al actual artículo 18 de la Ley 19.628, los datos de carácter patrimonial señalados en el artículo 17, no pueden comunicarse una vez transcurridos 5 años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. Tampoco se podrá continuar comunicando tales datos una vez que se pagó la obligación o bien se extinguió por otro modo legal.

Las limitaciones señaladas precedentemente adquieren particular relevancia tratándose de los servicios de información comercial "tradicionales", los cuales comunican si para una determinada persona natural se registran morosidades y, de ser así, cuáles son los antecedentes en concreto. Sin embargo, para el caso del Scoring Crediticio puede que tales limitaciones no impidan la efectiva "utilización" de datos caducos, ya que éstos no se comunican propiamente tal sino que sirven de base, junto a otros datos, para calificar a una persona mediante un "puntaje".

En tal sentido, el proveedor del Scoring Crediticio podría argumentar que no está comunicando datos caducos ya que no los ha comunicado al usuario. Sin embargo, no cabe duda que el espíritu del legislador en las leyes 19.628 y 19.812 fue impedir, no sólo la comunicación de datos caducos, sino que también su posterior utilización por parte del responsable de un banco de datos, con la única excepción de que éstos se podrán comunicar a los Tribunales de Justicia cuando los requieran con motivo de juicios pendientes.

En definitiva, a través de los Modelos de Calificación Crediticia resulta muy probable que se configure un tratamiento indebido de datos mediante la utilización y comunicación indirecta de datos patrimoniales caducos, altamente valiosos para la eficacia de tales modelos.

3.9. Tratamiento de datos personales a través de los Modelos de Calificación Crediticia propios de las Instituciones Bancarias

En el punto 3.2. precedente se señaló que los primeros sistemas de scoring se desarrollaron mediante la implementación de scores internos "de comportamiento" por parte de bancos pioneros en los Estados Unidos de Norteamérica, los cuales eran utilizados para la gestión de las cuentas de dichos bancos en base a la propia información que manejaban. Asimismo, éstos utilizaron los scorings de "aceptación" conforme a los cuales se ranqueaba a los solicitantes de crédito según la propia calificación de buenos o malos que efectuaba una determinada institución bancaria.

Recordemos que en estos casos la recogida de datos se efectuaba en virtud de la posible relación contractual de un mutuo entre el solicitante y la institución bancaria, para cuya materialización se requería que el propio solicitante proporcionara determinada información. Posteriormente, cuando éste ya era un cliente del banco, para nuevas operaciones el banco ya disponía de la información sobre su comportamiento histórico.

Cabe agregar que, conforme a nuestra legislación, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras tiene la obligación de generar mensualmente una base de datos denominada “Deudores del Sistema Financiero”, la cual refunde toda la información de los deudores de la totalidad de los bancos sometidos a su fiscalización, quienes están obligados a enviarla conforme al artículo 14 de la Ley General de Bancos.

Hasta hace poco tiempo, sólo algunas de las instituciones bancarias del país utilizaban modelos de calificación crediticia internos, los cuales complementan con servicios de información comercial “tradicionales”, estos últimos utilizados por la unanimidad de los bancos en sus operaciones de riesgo crediticio.

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia del Capítulo 7-10 “Provisiones por Riesgo de Crédito” de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), el cual exige a los bancos desarrollar en la forma que estimen más conveniente según sus necesidades y estrategias de negocio, Modelos de Evaluación de Riesgo Crediticio, como también con el surgimiento reciente de nuevas entidades bancarias focalizadas a mercados o sectores de la economía propios de las pequeñas y medianas empresas y del crédito de consumo masivo, es altamente probable esperar que los bancos desarrollen Scorings de carácter interno o bien adquieran Scorings Crediticios proveídos por empresas especializadas en Servicios de Información de Riesgo Crediticio, toda vez que resulta más conveniente calificar a un potencial solicitante en base a su comportamiento comercial y financiero más que en atención al proyecto o inversión.

Es aquí entonces donde cabe preguntarse si es posible que se configure un tratamiento indebido de datos por parte de un banco mediante la utilización de sistemas de scorings. Desde ya la respuesta es afirmativa tratándose de los Scorings Crediticios ya que éstos requieren para su eficacia la provisión de datos patrimoniales sobre el comportamiento “histórico” de las personas, en particular datos patrimoniales caducos, los cuales son comunicados indirectamente a través de un “puntaje”. Sin embargo, si se tiene presente que en estos casos un banco solamente conoce un determinado puntaje sobre el potencial solicitante, sin que se le haya comunicado el detalle de los datos personales y patrimoniales que sirvieron de base, conforme al artículo 23 de la Ley 19.628 la responsabilidad por el tratamiento indebido recae en el responsable del banco de datos personales.

De esta forma, es a través de los Scorings de “Comportamiento” y de “Aceptación” que las instituciones bancarias pueden incurrir “directamente” en un tratamiento indebido de datos, ya que éstos tratan datos patrimoniales caducos que el solicitante tuvo con el banco ante quien está solicitando un crédito u otra operación bancaria, o bien con otros bancos. Fácil resulta advertir que para un banco no existen mayores inconvenientes en recabar dicha información, ya que la recibe por mandato legal o bien por parte del propio titular de datos personales donde adquiere relevancia la autorización expresa, por escrito e informada de éste conforme al artículo 4 de la Ley 19.628.

Por último, es importante destacar que algunas instituciones bancarias del país han señalado que no se les aplican las disposiciones de la Ley 19.628 por cuanto la actividad bancaria está sujeta a una regulación especial caracterizada por la existencia de contratos de confianza con sus clientes y por la reserva y secreto que recae sobre las operaciones bancarias conforme al artículo 154 de la Ley General de Bancos.

3.10. Modelos de Evaluación de Riesgo conforme al Capítulo 7-10 “Provisiones por Riesgo de Crédito”

No puedo dejar de referirme al impulso que la autoridad regulatoria de los bancos ha otorgado al desarrollo de los Modelos de Evaluación de Riesgo mediante la reciente entrada en vigencia del Capítulo 7-10 “Provisiones por Riesgo de Crédito” –1º de enero de 2004– de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en virtud del cual y con motivo de la obligación de toda institución financiera de mantener permanentemente evaluada la totalidad de su cartera de colocaciones, constituyendo oportunamente las provisiones necesarias y suficientes para cubrir las pérdidas por la eventual irrecuperación de créditos concedidos, éstas deben utilizar los modelos de evaluación que sean más apropiados para tales efectos.

Es tal la importancia que la Superintendencia ha otorgado a estos modelos, que tanto estos como sus modificaciones en su diseño y aplicación deberán ser aprobados por el Directorio de la institución bancaria, debiendo constar ello en el acta de la respectiva sesión. Esta exigencia sin duda que moverá a los bancos a requerir de terceros especializados la provisión de Modelos de Evaluación de Riesgo Crediticio más que a ser desarrollados por ellos mismos, atendida su complejidad y eficacia requerida.

El capítulo 7 – 10 diferencia entre modelos de evaluación individual y modelos de evaluación grupal. Respecto de los primeros, se sostiene que dicha evaluación es necesaria cuando se trate de empresas que por su tamaño, complejidad o nivel de exposición con la entidad bancaria, sea necesario conocerlas integralmente.

Llama la atención que se afirme en el documento señalado que el análisis debe centrarse en la capacidad del deudor para cumplir con sus obligaciones crediticias mediante “información suficiente y confiable”, toda vez que no se especifica cuál es la información “suficiente y confiable”. Conforme al diccionario de la Real Academia Española “suficiente” significa “bastante para lo que se necesita/Apto o idóneo”, mientras que la palabra “confiable” se refiere a la fiabilidad. A falta de precisión reglamentaria, cabe interpretar el concepto “información suficiente y confiable” conforme al objetivo del documento –constituir oportunamente provisiones necesarias y suficientes para cubrir pérdidas por el eventual irrecupero de créditos–, en el sentido que una evaluación integral requiere disponer de los antecedentes más fidedignos y completos relativos a la capacidad de cumplimiento de obligaciones crediticias, donde adquieren particular relevancia los antecedentes de orden “histórico”, sea para con el propio banco como para con la totalidad de la industria bancaria.

Para los efectos del análisis individual, el capítulo 7-10 sostiene que las instituciones financieras deberán considerar una serie de factores de riesgo, tales como la Industria o Sector en que está inserto el deudor, el conocimiento de los Socios o propietarios de la empresa como

de sus administradores, en especial su nivel de endeudamiento, la Situación Financiera y Capacidad de Pago del deudor como asimismo el “*Comportamiento de Pago*” del deudor.

Respecto de este último factor de riesgo, el documento señala que el comportamiento de pago “*se refiere al análisis de la información acerca del deudor que permite conocer el grado de cumplimiento de sus obligaciones en general, esto es, tanto el comportamiento histórico de pago en la institución como en el sistema financiero...*”, afirmación que por sí sola manifiesta un abierto tratamiento indebido de datos al considerarse expresamente la utilización de antecedentes de carácter histórico para un fin superior que no dice relación con el respeto a los derechos fundamentales de todo titular de datos personales.

Tratándose de los Modelos de Evaluación Grupal, el documento señala que las evaluaciones grupales son pertinentes para abordar un alto número de operaciones cuyos montos individuales son bajos, en especial cuando se refieran a deudores que sean personas naturales o empresas de tamaño pequeño. Al igual que los modelos de evaluación individual, dentro de los factores de riesgo a considerar se contempla el comportamiento de pago tanto interno como con otras instituciones financieras.

4. CONCLUSIONES

Conforme a lo señalado en el Punto 2 de la presente monografía, cabe destacar las siguientes conclusiones acerca de una de las consecuencias “no deseadas” por el legislador con motivo de la Ley 19.812:

- Desde la entrada en vigencia de la Ley 19.812, ya no existe fundamento legal alguno que faculte a los operadores de bases de datos a exigir al deudor el pago de una determinada tarifa por aclarar su obligación morosa pagada.
- Una obligación morosa constituye información caduca, cuya comunicación está expresamente prohibida por la Ley 19.628 al punto que todo operador, sin requerimiento alguno, debe eliminar directamente la información caduca que dispone.
- El titular de datos personales no debe pagar tarifa alguna para que los registros de datos comerciales dejen de comunicar la obligación morosa pagada. Por el contrario, conforme al inciso 5° del artículo 12 de la Ley, tiene el derecho o la facultad de exigir, en forma absolutamente gratuita, que sus datos sean eliminados cuando fueren caducos.
- Sería altamente conveniente presentar un proyecto de ley modificatorio de la Ley 19.628 a objeto de dejar claramente establecida la improcedencia del cobro de la tarifa por consignar un nuevo dato con motivo del pago de una obligación morosa, subsanando así la coexistencia de normas contradictorias en nuestra legislación sobre protección de la vida privada y tratamiento de datos personales.

Por su parte, respecto de los Modelos de Calificación Crediticia y su análisis conforme a la Ley 19.628, es importante destacar lo siguiente:

- En el sector de los servicios de intermediación financiera, en especial en el mercado de la información para la acción caracterizado por la prioritaria disponibilidad de información en forma oportuna, íntegra y veraz, es altamente relevante la utilización de herramientas de apoyo en los procesos de análisis y toma de decisiones crediticias.
- Una de las herramientas por excelencia son los Modelos de Calificación Crediticia o Scoring Crediticio, cuyos resultados son utilizados por entidades otorgantes de créditos o préstamos al minoreo y cuyo objetivo principal es calificar a los potenciales recipientes de éstos en apoyo a los procesos de evaluación y decisión.
- Es en estos ámbitos donde los antecedentes sobre el comportamiento financiero, bancario y comercial de los consumidores son mayormente apreciados por parte de las empresas proveedoras de servicios de scoring del tipo “credit bureau”, con la particularidad que, para que el modelo sea altamente predictivo y cumpla sus objetivos, resulta relevante la disponibilidad de información “histórica” no comprendida en los periodos de tiempo legítimos para el tratamiento y comunicación de información.
- Los Modelos de Calificación Crediticia constituyen una de las tantas formas de tratamiento de datos personales conforme al concepto señalado en la letra o) del artículo 2° de la Ley 19.628. El Scoring Crediticio contempla diversas formas de tratamiento de datos personales conforme a la enumeración ilustrativa de la letra o) del artículo 2 de la Ley 19.628, en especial la comunicación o transmisión de datos, que, tratándose de este particular modelo de calificación crediticia, significa dar a conocer “*indirectamente*” datos de carácter personal a personas distintas del titular, determinadas o indeterminadas.
- El Scoring crediticio o modelo de calificación requiere el aprovisionamiento de gran cantidad de bases de datos. Es en la recogida de datos personales de fuentes de acceso restringido donde es posible que el Scoring crediticio configure un caso de tratamiento indebido de datos personales toda vez que el titular de datos personales ignora si tales datos están siendo utilizados conforme al propósito por el cual fueron recolectados.
- El derecho de acceso a la propia información, consagrado en el artículo 12 de la Ley 19.628, adquiere particular relevancia ya que a través de él el titular de datos personales puede exigir la individualización precisa de todos y cada uno de los datos relativos a su persona sobre la base de los cuales se obtuvo un determinado “score”. Ello permitiría dilucidar, al menos desde un punto de vista teórico, si los datos emanados de fuentes de acceso restringido, en especial, aquellos que dicen relación con el comportamiento comercial y bancario, fueron utilizados según el propósito con que fueron recolectados.
- A través de los Modelos de Calificación Crediticia los titulares de datos personales tienen un escaso control sobre la recopilación, acopio, procesamiento, uso y transmisión de sus datos personales. Este control quedará entregado mayormente a los mecanismos que determine el propio responsable de la base de datos con relación a las obligaciones que la Ley 19.628 le impone, sin perjuicio del control jurisdiccional posterior.
- Asimismo, mediante los Modelos de Calificación Crediticia resulta muy probable que se configure un tratamiento indebido de datos mediante la utilización y comunicación indirecta de datos patrimoniales, ya que las limitaciones a que se refiere el artículo 18 de la Ley 19.628 no impiden la efectiva “utilización” de datos caducos, ya que éstos no

se comunican propiamente tal sino que sirven de base, junto a otros datos, para calificar a una persona mediante un "puntaje".

- En definitiva, sobran las razones para sostener con propiedad que a través de los Modelos de Calificación Crediticia es altamente probable que se dé un tratamiento indebido de datos, frente a lo cual los mecanismos de control de nuestra Ley 19.628 no resultan ser eficaces por la complejidad de tales modelos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Apuntes de clases Diplomado en Derecho Informático. 2º Semestre de 2003. Escuela de Graduados. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Septiembre 2003.

CERDÁ SILVA, Alberto, *"Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento de datos personales"*. Material elaborado para el Diplomado en Derecho Informático. Escuela de Graduados. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Septiembre 2003.

ESPINOZA LASTRA, Alejandro, *"Sistemas de Scoring Crediticio o Calificaciones Automatizadas de Riesgo Crediticio"*, 2000.