

CALIFICACIÓN REPUTACIONAL Y CONSENTIMIENTO
ESPECÍFICO DEL USUARIO

REPUTATIONAL RATING AND USER-SPECIFIC CONSENT

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 46-55



Gabriele
TOSCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: Tras analizar brevemente el tema de la calificación reputacional en general, el trabajo tiene el objetivo de ilustrar una reciente sentencia del Tribunal Supremo italiano donde se puede comprender que, en materia de tratamiento de datos personales, el consentimiento solo es válido si se expresa libre y específicamente con referencia a un tratamiento claramente identificado.

PALABRAS CLAVE: Calificación reputacional; consentimiento específico; elaboración de perfiles; autorización; tratamiento de datos personales; código de la privacidad.

ABSTRACT: *After a briefly analysing the issue of reputational qualification in general, the paper aims to illustrate a recent decision of the Italian Supreme Court in which it is understood that, in matters of personal data processing, consent is valid only if it is freely and specifically expressed with reference to a clearly identified processing operation.*

KEY WORDS: Reputational rating; specific consent; profiling; authorisation; processing of personal data; privacy code.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CALIFICACIÓN REPUTACIONAL Y SUS IMPLICACIONES ECONÓMICAS.- III. UN CASO DE CALIFICACIÓN REPUTACIONAL: REFLEXIONES AL MARGEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO N. 14381/2021.- IV. LA SOLUCIÓN PROPUESTA POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La calificación reputacional¹ (o alternatively *rating* reputacional) es el sistema de calificación que abre las puertas de la economía conductual a los profesionales y a sus clientes (comerciantes, consumidores/usuarios, empleados). Se trata de una herramienta única, ya que es el único *rating* que evalúa la reputación mediante documentos y certificados. Y lo hace a través de un algoritmo propio que analiza más de seiscientos indicadores para particulares y más de cuatrocientos para empresas y entidades. Esto la convierte en la herramienta de evaluación más fiable disponible actualmente en el mercado².

La calificación reputacional puede ser, por tanto, la respuesta a uno de los mayores problemas socioeconómicos del momento, porque no deja lugar al *like*, rumores o reelaboraciones de noticias no verificadas de *internet* y las redes sociales.

La calificación reputacional es un código compuesto por cinco indicadores alfanuméricos, donde cada letra y casa número resumen la calificación obtenida en un ámbito específico de la actividad humana: penal, fiscal, civil, estudios y formación (presente sólo en las calificación de personas físicas, no de personas jurídicas), trabajo y compromiso cívico.

La calificación reputacional es independiente³, porque no está influenciada por ningún grupo o poder, incorruptible, porque es el resultado de un cálculo, cierta, porque se deriva únicamente de documentos originales producidos por las partes interesadas (sin problema de privacidad), infalible, porque está determinada por el algoritmo, dinámica, porque se actualiza en tiempo real (en los treinta días

-
- 1 Para más información, ver PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.: "Sobre la obligación de contabilidad y la calificación culpable del concurso del empresario", en AA.VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, 2018, pp. 2279-2306 y TANZILLO, M.: "Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e principi dell'ordinamento italo-europeo", *Tecnologie diritto*, 2022, p. 367 ss.
 - 2 AMMANNATI, L. y GRECO, G.L.: "Piattaforme digitali, algoritmi e «big data»: il caso del «credit scoring»", *Riv. dir. econ.*, 2021, pp. 290-324.
 - 3 Cfr. BORGHESI, A.: "«Non performing loans» l'eredità della grande crisi come sfida per il sistema bancario europeo", *Riv. dir. econ.*, 2020, pp. 4-37.

• **Gabriele Toscano**

Doctorando en Derecho privado y de consumo por la Universidad de Perugia y Salamanca. Correo electrónico: gabriele.toscano@gmail.com.

siguientes al hecho que determina su posible cambio), autorizada porque se inspira en el Código Universal de Reputación basado en el modelo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promovido por las Naciones Unidas, que define los principios éticos y reglamentarios en los que se basa el Código, y validado por el Comité Mundial de ética que supervisa la coherencia de la calificación con los principios éticos del Código, y garantiza su fiabilidad y uniformidad a escala internacional mediante notas específicas por país, verificable, porque está sujeto a un amplio escrutinio público.

Dentro de cada categoría, el algoritmo aplica ponderaciones de calificación a cada hecho, determinando el valor final. La información contenida en los certificados y documentos, necesaria para obtener la calificación del algoritmo, es gestionada y verificada por un RAM, único profesional autorizado para certificar calificaciones reputacionales, encargándose de todo el proceso necesario ya se han destacado las ventajas que una empresa o entidad puede obtener al adoptar el sistema de calificación de CROP NEWS, pero contar con una calificación de reputación también aporta ventajas concretas a profesionales, trabajadores, consumidores y usuarios⁴.

II. LA CALIFICACIÓN REPUTACIONAL Y SUS IMPLICACIONES ECONÓMICAS.

En primer lugar, hay implicaciones económicas directas; de hecho, cada vez que se hace una consulta sobre propia calificación, se reciben contribuciones compensatorias que ascienden al 15% del coste del servicio adquirido para la consulta. Pero aún más, la calificación reputacional puede utilizarse para obtener un contrato, participar en una licitación o incluso presentarse mejor a una entrevista de trabajo: se trata, de hecho, de un auténtico «pasaporte de reputación» listo para ser utilizado⁵.

Entre otras cosas, cada titular de una calificación reputacional puede decidir pagar por adelantado una o varias consultas a las contrapartes que indique, utilizando el servicio BIZ-QU. En resumen, constituye una tarjeta de vista eficaz, completa y siempre actualizada. Los contables pueden adoptar personalmente la calificación reputacional, pero también simplemente promocionarla entre sus clientes, sin dejar de obtener de CROP NEWS, una comisión del 8% del valor de todos los servicios adquiridos. Obviamente, sin embargo, si el profesional no se ha cualificado como RAM o RATER, no puede seguir a los clientes en la gestión de su calificación reputacional⁶.

4 RECINTO G., MEZZASOMA, L. y CHERTI, S.: *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

5 Cfr. DE POLI, M.: «Rating» e tutele», *Riv. dir. bancario*, 2020, pp. 127-144.

6 FERRARESE, M.R.: «La geografia mobile della «governance» globale», *Gnosis*, 2020, pp. 70-81.

Con la calificación reputacional, los profesionales también tienen un arma más para defenderse de las reseñas falsas que ahora asolan a todo el mundo en la *web*. Especialmente tras las últimas sentencias del Tribunal del Roma - que sancionan la supremacía del derecho de crítica de los usuarios sobre el derecho al olvido de los profesionales -, nadie puede permitirse pasar por alto la posibilidad de sufrir un ataque injustificado o incluso falso o a su reputación⁷.

III. UN CASO DE CALIFICACIÓN REPUTACIONAL: REFLEXIONES AL MARGEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO N. 14381/2021.

Una cuestión de actualidad sobre la calificación reputacional, y digna de reflexión, se refiere a una reciente decisión del Tribunal Supremo de Casación italiano⁸, que estimó el recurso del Garante de la privacidad contra una asociación Onlus que pretendía combatir los fenómenos basados en la creación de perfiles falsos o no veraces, y calcular de forma imparcial la denominada calificación reputacional, para permitir a terceros verificar su credibilidad real.

En concreto, una entidad sin ánimo de lucro solicitó al Tribunal de Roma la anulación de la sentencia del año 2016 por el que el Garante de la privacidad había ordenado la prohibición de cualquier tratamiento de datos personales (presentes y futuros) realizado por la propia asociación, en relación con los servicios ofrecidos a través del sistema de la entidad sin ánimo de lucro, por ser contrario a los artículos 2, 3, 11, 23, 24 y 26 del Código de la privacidad.

El sistema de la asociación, por lo que puede deducirse, adoptaba la forma de una plataforma *web* (con archivo informático adjunto) destinada a elaborar perfiles reputacionales de personas físicas y jurídicas, con el fin de combatir los fenómenos basados en la creación de ficticios o falsos y, en cambio, calcular de forma imparcial la denominada calificación reputacional al de los sujetos encuestados, de modo que cualquier tercero pudiera comprobar su credibilidad real⁹.

En la resistencia del garante de la privacidad, el Tribunal estimó parcialmente el recurso. En particular, anuló la medida, preservando la eficacia de la prohibición en lo que respecta únicamente que al tratamiento de datos personales para la actividad inherente al denominado «perfil contro» relativo a terceros no asociados.

7 Cfr. SCARPA, D.: "Modello comportamentale e negoziale dell'intermediario finanziario e conseguente responsabilità civile", *Nuovo dir. società*, 2020, pp. 1137-1155.

8 TANZILLO, M.: "Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e principi dell'ordinamento italo-europeo", cit., p. 367 ss. Para más información, ver LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", *federalismi.it*, 2021, p. 2 ss.

9 CARDONE, M.: "Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato", *federalismi.it*, 2020, pp. 1-15.

Desde esta perspectiva el Tribunal no estuvo de acuerdo con que la razón de la ilicitud de la plataforma y del correspondiente tratamiento de datos personales sostenida por el Garante de la privacidad se encontrara fundamentalmente en la ausencia de un marco normativo adecuado, pertinente en virtud del Decreto Legislativo número 196 del 2003, art. 11 letra a) como fundamento del sistema predispuesto de recogida y tratamiento de datos personales; y ello a pesar de que el sistema es susceptible de afectar fuertemente a la repercusiones calificadoras sobre la vida privada de las personas encuestadas¹⁰.

A juicio del Tribunal no podía negarse a la autonomía privada la facultad de organizar sistemas de acreditación de sujetos, prestando servicios en el sentido amplio de evaluación, con vistas a su incorporación al mercado, celebración de contratos y gestión de relaciones económicas¹¹.

IV. LA SOLUCIÓN PROPUESTA POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO.

Por consiguiente la «Avvocatura generale dello Stato», en nombre del garante de la privacidad, ha recurrido la citada resolución por los siguientes motivos: a) la falta de examen del hecho decisivo que representa el supuesto desconocimiento del algoritmo utilizado para asignar la nota de calificación, con la consiguiente falta del necesario requisito de transparencia del sistema automatizado funcional para hacer consciente el consentimiento prestado por el interesado; b) la falta de examen de hecho, que afecta al requisito de transparencia del algoritmo utilizado para el tratamiento de los datos, invalida la apreciación del Tribunal sobre la pertinencia del consentimiento prestado; c) el derecho a la información se vulnera en general en un sistema en el que el interesado no está en condiciones de conocer el funcionamiento del algoritmo en el que se basa el tratamiento de los datos personales; d) el principio de legalidad, equidad y transparencia exigido por la ley, también se vulnera por la omisión expuesta; e) la forma en que se insertaron las cláusulas contractuales relativas a la publicación de los actos y documentos de las contrapartes; f) la falta de examen de un hecho determinante relativo a la previsión de sanciones en caso de retirada de la autorización para publicar datos relativos al incumplimiento del contrato.

El Tribunal Supremo de Casación, al estimar fundados los motivos *ut supra*, recuerda cómo la cuestión de la imposibilidad de conocer el algoritmo utilizado para determinar la calificación, reputación al haber sido planteada por el Garante de la privacidad que el Tribunal de Roma consideró que el tratamiento de los

¹⁰ Cfr. BINI, M.: "Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo", *Società*, 2019, pp. 430-437.

¹¹ LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", *cit.*, p. 4.

datos personales de los miembros del sistema de la asociación era legítimo porque estaba validado por el consentimiento y, por tanto, porque era una expresión de la autonomía privada¹².

A efectos de la licitud del tratamiento basado en el consentimiento, el artículo 23 del Decreto Legislativo número 196 del 2013 (Código de la privacidad) presupone no sólo el consentimiento, sino también que éste se haya otorgado válidamente¹³. En concreto, observa el Tribunal Supremo el artículo 23: a) el tratamiento de datos personales por particulares o entidades públicas de carácter económico, solo está permitido, con el consentimiento expreso del interesado; b) el consentimiento puede referirse a la totalidad del tratamiento o a una o varias de sus operaciones; c) el consentimiento solo es válido, si se expresa libre y específicamente con referencia a una operación de tratamiento «claramente identificada», si se documenta por escrito y si se ha facilitado al interesado la información, a qué se refiere el artículo 23 *ut supra*; d) el consentimiento se dé por escrito cuando el tratamiento se refiera a datos sensibles¹⁴.

V. CONCLUSIONES.

Para llegar a las conclusiones de este trabajo, conviene señalar que en el presente caso el tratamiento era (y es) funcional a la determinación del perfil reputacional de los sujetos.

La apreciación de la licitud de tal tratamiento el consentimiento no podría ser realizada por el Tribunal sin la previa consideración de los elementos susceptibles de incidir en la gravedad del hecho, y entre éstos también, y precisamente los elementos implicados y considerados en el algoritmo pertinente, cuyo funcionamiento es esencial para el cálculo de la calificación.

La falta de transparencia del algoritmo utilizado para este fin concreto no fue negada por la sentencia recurrida, que se limitó a considerar no determinantes

12 CAZZETTA, G.: "Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa", *Rass. dir. civ.*, 2020, pp. 496-532. A continuación, apoyaba esta afirmación añadiendo que la realidad nacional y supranacional actual conoce ampliamente fenómenos de evaluación y certificación por parte de particulares, también reconocidos a efectos de certificación de calidad y/o de cumplimiento de normas técnicas. Así, la falta de un marco normativo que establezca la calificación reputacional propuesta por la asociación, análogo, por ejemplo, a la denominada calificación de empresas del Decreto Legislativo número 50 del 2016, artículo 83, no podría interceptar un defecto de licitud del sistema.

13 Casación civil, sec. I, sentencia 2 de julio de 2018, número 17278 y Casación civil, sec. I, ordenanza 21 de junio de 2018 número 16358, en *DeJure online*.

14 En el marco de normas y principios, la expresión «claramente identificada» -que caracteriza el tratamiento de datos personales- presupone que el consentimiento debe ser informado previamente en relación con un tratamiento bien definido en sus elementos esenciales, de modo que pueda decirse que ha sido expresado libre y específicamente desde esa perspectiva.

A este respecto, incumbe al responsable del tratamiento aportar pruebas de que el acceso y el tratamiento impugnados son atribuibles a los fines para los que se solicitó -y obtuvo- válidamente el debido consentimiento. Cfr. LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", cit., p. 8

las dudas sobre. El sistema de cálculo automatizado para la definición de la calificación reputacional al por entender que la validez de la fórmula afectaría «al momento valorativo del procedimiento», frente al cual correspondería, en cambio al mercado «establecer la eficacia y bondad del resultado o servicio prestado por la plataforma»¹⁵.

Este razonamiento, en opinión de los Jueces de última instancia, no puede compartirse jurídicamente, ya que el problema no se limitaba (ni se limita) a la respuesta perentoria del mercado - síntesis metafórica para indicar el lugar y el momento en que se realiza el comercio en los más diversos niveles - respecto a la ordenación de las calificaciones atribuidas a los distintos operadores.

El problema para la licitud del tratamiento, lo constituía en cambio (y lo constituye) la validez -precisamente- del consentimiento que se supone otorgado en el momento de la adhesión. Y no puede, lógicamente, afirmarse que la adhesión a una plataforma por parte de sus miembros incluya también la aceptación de un sistema automatizado que hace uso de un algoritmo, para la evaluación objetiva de datos personales, cuando no se da a conocer el esquema ejecutivo en el que se expresa el algoritmo y los elementos considerados para ello¹⁶.

Por estas razones, el Tribunal de Casación al anular la sentencia, establece que el Tribunal de Roma debe respetar el siguiente principio de derecho: en materia de tratamiento de datos personales, el consentimiento solo es válido si se expresa libre y específicamente con referencia a un tratamiento claramente identificado; de ello se deduce que, en el caso de una plataforma web (con archivo informático adjunto) destinada al tratamiento de los perfiles de reputación de personas físicas o jurídicas individuales, centrada en un sistema de cálculo con un algoritmo en su base destinado a establecer puntuaciones de fiabilidad, el requisito del conocimiento no puede considerarse satisfecho cuando el esquema ejecutivo del algoritmo y los elementos que lo componen permanecen desconocidos o no pueden ser conocidos por los interesados¹⁷.

15 MACIARIELLO, E.: "La responsabilità da «rating»: analisi dell'articolo 35-bis del Regolamento (CE) 1060/2009", *Banca impresa società*, 2018, pp. 157-188.

16 Cfr. BIRGILLITO G. y BIRGILLITO, M.: "Algoritmi e valutazioni: strumenti per gestire i rapporti di lavoro. Proposte per rinegoziare le condizioni lavorative per i «drivers» di piattaforme", *Labour & Law Issues*, 2018, pp. 1-26.

17 Para más información, ver LO SAPIO, G.: "Agenzie di «rating» e manipolazione del mercato", *Riv. dir. pen. econ.*, 2018, pp. 506-527. Cfr. LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", cit., p. 14. El autor, con referencia específica al fenómeno de la inteligencia artificial, sostiene que «entre todos ellos, se vislumbra un problema general: el relativo a la coordinación del futuro Reglamento I.A. con el Reglamento sobre protección de datos de carácter personal, respecto del cual, como la propia Comisión refiere textualmente, el primero constituiría una fuente de igual rango y eficacia integradora; así, su valor interpretativo revitalizador podría vislumbrarse también para la propia calificación de las nociones, nunca definidas con precisión, de datos personales y anónimos».

BIBLIOGRAFÍA

AMMANNATI, L. y GRECO, G. L.: "Piattaforme digitali, algoritmi e «big data»: il caso del «credit scoring»", *Riv. dir. econ.*, 2021.

BINI, M.: "Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo", *Società*, 2019.

BIRGILLITO G. y BIRGILLITO, M.: "Algoritmi e valutazioni: strumenti per gestire i rapporti di lavoro. Proposte per rinegoziare le condizioni lavorative per i «drivers» di piattaforme", *Labour & Law Issues*, 2018.

BORGHESI, A.: "«Non performing loans» l'eredità della grande crisi come sfida per il sistema bancario europeo", *Riv. dir. econ.*, 2020.

CARDONE, M.: "Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato", *federalismi.it*, 2020.

CAZZETTA, G.: "Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa", *Rass. dir. civ.*, 2020.

DE POLI, M.: "«Rating» e tutele", *Riv. dir. bancario*, 2020.

FERRARESE, M. R.: "La geografia mobile della «governance» globale", *Gnosis*, 2020.

LO SAPIO, G.:

- "Agenzie di «rating» e manipolazione del mercato", *Riv. dir. pen. econ.*, 2018.
- "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", *federalismi.it*, 2021.

MACIARIELLO, E.: "La responsabilità da «rating»: analisi dell'articolo 35-bis del Regolamento (CE) 1060/2009", *Banca impresa società*, 2018.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: "Sobre la obligación de contabilidad y la calificación culpable del concurso del empresario", en AA.VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, 2018.

RECINTO G., MEZZASOMA, L. y CHERTI, S.: *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

SCARPA, D.: "Modello comportamentale e negoziale dell'intermediario finanziario e conseguente responsabilità civile", *Nuovo dir. società*, 2020.

TANZILLO, M.: "Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e princípi dell'ordinamento italo-europeo", *Tecnologie diritto*, 2022.