

I

Este Gabinete Jurídico viene destacando reiteradamente, en los distintas consulta sometidas a su informe, el cambio de paradigma que ha supuesto la plena aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, en cuanto basado en el principio de “accountability” o responsabilidad proactiva, tal y como se recoge en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: *“la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan”*.

En consecuencia, en virtud de dicho principio, el responsable del tratamiento deberá aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento.

Dentro de los diferentes instrumentos previstos por el propio RGPD para garantizar el cumplimiento de dicho principio se encuentran los códigos de conducta, ya previstos en la normativa anterior como mecanismo de autorregulación tendente a facilitar el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales. A este respecto, el Grupo del 29, en su documento de trabajo sobre el procedimiento de examen de los códigos de conducta comunitarios, aprobado el 10 de septiembre de 1998 (WP13), ya había venido definiendo los elementos esenciales de los mismos, destacando que los códigos debían tener la suficiente claridad y coherencia interna y proporcionar un valor añadido suficiente, en términos de estar suficientemente centrados en las cuestiones y problemas específicos de protección de datos en la organización o sector para el que se pretende aplicar y ofrecer soluciones suficientemente claras para aquellas preguntas y problemas, facilitando, en la medida en que sea posible, ejemplos de buenas prácticas, preparándose, preferiblemente, en consulta con los interesados afectados o sus representantes. De este modo, el requisito esencial de los códigos es el de aportar un “auténtico valor añadido”, como recordaba el GT29 en su Dictamen 02/2015 sobre el Código de conducta para la computación en nube del CSIG.

Estos principios se recogen explícitamente en el RGPD, especialmente en sus Considerandos 77, 81, 98 y 99. Asimismo, el reconocimiento de los códigos de conducta como instrumento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones de responsables y encargados se recoge en el artículo 24.3, al señalar que “La adhesión a códigos de conducta aprobados a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento” y en el artículo 35.8, al disponer que “El cumplimiento de los códigos de conducta aprobados a que se refiere el artículo 40 por los responsables o encargados correspondientes se tendrá debidamente en cuenta al evaluar las repercusiones de las operaciones de tratamiento realizadas por dichos responsables o encargados, en particular a efectos de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos”.

Dado el trascendente papel que desarrollan los códigos de conducta y su aplicación directa, el RGPD procede, de una manera mucho más detallada que la contenida en el artículo 27 de la Directiva 95/46/CE, a la regulación de su naturaleza, contenido, aprobación y supervisión en los artículos 40 y 41.

Dicha regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que dedica a los códigos de conducta el artículo 38, refiriéndose asimismo a ellos, como elemento de identificación de mayores riesgos del tratamiento, en el artículo 28.2.h). También destaca el papel de órgano colaborador con las autoridades de protección de datos de los organismos supervisores de los códigos de conducta en la elaboración de los planes de auditoría en el artículo 54 y en la admisión a trámite de las reclamaciones en el artículo 65.

En cuanto a los aspectos procedimentales, el citado artículo 38, en su apartado 6 prevé que “mediante real decreto se establecerán el contenido del registro y las especialidades del procedimiento de aprobación de los códigos de conducta”, desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido, por lo que deberán aplicarse, subsidiariamente, los principios generales establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y lo dispuesto en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en la medida en que no contradiga, se oponga, o resulte incompatible con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la Ley Orgánica 3/2018.

El papel de los códigos de conducta y su vinculación con el principio de responsabilidad proactiva, en cuanto medio para acreditar el cumplimiento del RGPD, de lo que deriva la necesidad de revisar todos los códigos anteriormente aprobados, se recoge en las Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos 1/2019 sobre códigos de conducta y organismos de

supervisión con arreglo al Reglamento 2016/679, destacando, asimismo, el beneficio que pueden suponer para las autoridades supervisoras al permitirles obtener una mejor comprensión y conocimiento de las actividades de tratamientos de datos de una industria, profesión u otro sector específico. Dichas directrices identifican algunos de los ámbitos en los que pueden ser útiles los códigos de conducta, como el tratamiento justo y transparente, intereses legítimos, seguridad y protección de datos desde el diseño y por defecto y obligaciones del responsable del tratamiento, partiendo de que los códigos pueden tener un alcance más amplio o más reducido, según corresponda al sector en particular, sin que sea necesario abarcar el cumplimiento de toda la legislación. Asimismo, identifica elementos de su contenido que pueden ayudar a darles un valor añadido, como el establecimiento de guías detalladas para las actividades de tratamiento específicos, mejores prácticas, soluciones prácticas a problemas identificados en un sector específico, toma en consideración de las preocupaciones del público en general o percibidas dentro del propio sector, etc.

Asimismo, las citadas Directrices detallan los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las Autoridades de control para la aprobación de los códigos:

- 1) Que satisface una necesidad particular de ese sector o actividad de procesamiento, siendo las soluciones propuestas beneficiosas no sólo para los responsables sino también para los afectados.
- 2) Que facilita la aplicación del RGPD, identificando necesidades específicas (por ejemplo, adaptando la terminología del sector).
- 3) Que especifica la aplicación del RGPD, centrándose en los problemas del sector y aportando valor añadido, sin limitarse a reproducir los preceptos del RGPD.
- 4) Que proporciona mecanismos efectivos para controlar el cumplimiento del Código, tanto en cuanto a estructuras como procedimientos, siendo obligatorio, salvo en el caso de autoridades y organismos públicos, la existencia de un organismo de supervisión acreditado.

Para la adaptación de los códigos tipo actualmente inscritos conforme a la normativa anterior, debe estarse a lo señalado en la disposición transitoria segunda de la LOPDGDD:

Disposición transitoria segunda. Códigos tipo inscritos en las autoridades de protección de datos conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Los promotores de los códigos tipo inscritos en el registro de la Agencia Española de Protección de Datos o en las autoridades autonómicas de protección de datos deberán adaptar su contenido a lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento (UE) 2016/679 en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley orgánica. Si, transcurrido dicho

plazo, no se hubiera solicitado la aprobación prevista en el artículo 38.4 de esta ley orgánica, se cancelará la inscripción y se comunicará a sus promotores.

Por consiguiente, este Gabinete Jurídico considera que, en el momento en que se proceda a la aprobación de un nuevo código de conducta o a la adaptación de un código tipo ya inscrito, dada la importancia adquirida por los códigos de conducta como consecuencia de la introducción del principio de responsabilidad proactiva, se debe ser especialmente riguroso en cuanto al contenido del mismo, que debe aportar un “auténtico valor añadido” en los términos anteriormente señalados, así como en la valoración de la suficiencia de las garantías adecuadas necesarias para su aprobación.

Por último, en relación con los organismos de supervisión de los códigos de conducta a los que se refiere el artículo 41 del RGPD, deberán cumplirse los criterios de acreditación aprobados por la Agencia Española de Protección de Datos de acuerdo con el Dictamen 1/2020 del CEPD.

## II

El contenido del presente código se ha visto afectado, durante su tramitación, por la aprobación por el CEPD de las Directrices 1/2019 que, interpretando conjuntamente los artículos 40 y 41 del RGPD, concluyen que todos los códigos de conducta, salvo los promovidos por autoridades y organismos públicos, deben contar con un organismo de supervisión acreditado por la autoridad de control y la consecuente necesidad de aprobar los criterios de acreditación de los organismos de supervisión por la AEPD, lo que motivó la revisión del proyecto de código de conducta, siendo la última versión la de 14 de septiembre de 2020, objeto del informe de la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos de 18 de septiembre de 2020, que sustituye al emitido con fecha de 25 de enero de 2019.

## III

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, deben analizarse las siguientes cuestiones:

a) Justificación de la necesidad del código de conducta:

De acuerdo con el artículo 40 del RGPD, los códigos de conducta tiene por finalidad contribuir a la correcta aplicación del RGPD, debiendo acreditarse en la documentación aportada, de acuerdo con las Directrices 1/2019, la justificación y la base para la aprobación del código, describiendo la idoneidad de las salvaguardas y mecanismos propuestos.

Dicha necesidad se justifica, tal y como se recoge en el informe de la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos, en la carta de presentación del código de conducta, en la que se hace referencia a la especial afectación de la normativa sobre protección de datos a las diferentes actividades económicas que desempeñan las empresas del sector infomediario y que el RGPD implica un nuevo escenario de compleja interpretación para los responsables y encargados “a la hora de llevar a la práctica mercantil, las múltiples operaciones que se realizan en el día a día y que se traducen en nuevos supuestos sobre protección de datos”.

Asimismo, en la exposición de motivos del código se indica que “La necesidad de la seguridad jurídica y el reforzamiento del compromiso de los asociados con el cumplimiento normativo en materia de protección de datos, entendido como un requisito ineludible de negocio, han llevado a que los órganos estatutarios de ASEDIE hayan juzgado necesario promover el presente Código de Conducta del Sector Infomediario (en adelante, Código de Conducta sectorial). El presente Código establece un marco general que debe ser cumplido necesariamente por todas las empresas asociadas a ASEDIE.”

b) Legitimación, representatividad y requisitos de la solicitud:

El artículo 40.1 del RGPD, en su apartado 2, reconoce legitimación para promover códigos de conductas a “las asociaciones y otros organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento”: De acuerdo con la Directrices 1/2019, para valorar la representatividad puede atenderse, entre otros criterios, al número o porcentaje de posibles responsables o encargados del tratamiento, representativos de un determinado sector de actividad, que puedan adherirse al código y a la experiencia del órgano representativo en relación con el sector específico y las actividades de tratamiento que sean objeto del código.

De acuerdo con su Estatutos, ASEDIE se constituye como una asociación de carácter profesional, multisectorial, voluntaria y que carece de fines lucrativos, pudiendo ser Asociados las empresas, organismos públicos y privados, que desde distintos sectores tengan por objeto el uso, reutilización y distribución de la información, contribuyendo a dar una mayor seguridad al tráfico mercantil global e impulsando la economía mediante la aplicación de técnicas que favorezcan la fiabilidad y transparencia de las transacciones comerciales en el ámbito empresarial (artículo 2) y que tiene por objeto proteger los intereses profesionales y empresariales de sus asociados, desarrollando las actividades necesaria encaminadas a representar y defender los intereses comunes de sus asociados ante los organismos y entidades públicas o privadas y establecer y favorecer el respeto al Código de Conducta del Sector infomediario para el tratamiento de datos carácter personal (artículo 5, letras A y N).

Se ha aportado la correspondiente relación de asociados, entre los que se encuentran las principales empresas del sector.

Por consiguiente, la asociación promotora del código cumple los requisitos de representatividad exigidos por el RGPD.

Por otro lado, en cuanto a los requisitos formales que debe revestir la solicitud, constan en la misma:

- Código de conducta del sector infomediario de protección de datos de carácter personal.
- Carta de presentación del código de conducta del Sector infomediario.
- Poderes de representación de la Secretaria General.
- Estatutos de ASIEDIE
- Certificación de los acuerdos adoptados en Junta Directiva y Asamblea General Extraordinaria, en relación con la suscripción del código de conducta
- Listado de socios de ASIEDIE

No obstante, teniendo en cuenta la brevedad de los términos contenidos en la exposición de motivos al objeto de justificar la necesidad del código de conducta, las especialidades que presenta la actividad desarrollada por el sector infomediario y la existencia de un “escenario de compleja interpretación” al que se hace referencia en la carta de presentación, **hubiera sido necesario que se acompañara a dicha documentación una memoria justificativa o documento similar que facilitara un mejor conocimiento de las actividades desarrolladas, de los tratamientos de datos de carácter personal que implican y de las soluciones propuestas en el código. Asimismo, hubiera sido conveniente acompañar las consultas realizadas o, en su caso, incluir la identificación de las mismas y la valoración realizada por el promotor del código en la citada memoria. Por último, para la adecuada valoración de determinados supuestos, a los que se hace referencia a lo largo del presente informe, hubiera sido necesario que se acompañara el correspondiente análisis de riesgos y, en su caso, una evaluación de impacto relativa a la protección de datos.**

La importancia de dicha documentación adicional se recoge expresamente en las Directrices 1/2019, cuyo apartado 5.1. referido a la exposición de motivos y documentación justificativa, señala lo siguiente:

“20. Cada proyecto de código que se presente para su aprobación debe contener una exposición de motivos clara y concisa, que describa detalladamente el objetivo del código, su ámbito de aplicación y cómo facilitará la aplicación efectiva del Reglamento que nos ocupa. Esto contribuirá a acelerar el proceso y a aportar la claridad necesaria que debe acompañar al proyecto de código presentado. La presentación



también debe incluir documentación justificativa, cuando proceda, para respaldar el proyecto de código y una exposición de motivos.”

En las notas al pie destaca, respecto de la exposición de motivos (nota 31) que “Este documento brinda una oportunidad a los titulares del código para demostrar la justificación lógica y la base para la aprobación de su código. Les ofrece una plataforma para describir la idoneidad de las garantías propuestas y demostrar que los mecanismos propuestos son adecuados para sus fines”, y respecto de la documentación justificativa que “Por ejemplo, pueden incluirse un resumen de la consulta, información sobre los miembros o estudios que demuestren la necesidad de un código”.

c) Ámbito de aplicación material.

El código de conducta identifica de manera clara y precisa los tratamientos de datos personales a los que resultará de aplicación, referidos a los que realicen los asociados de Asedie como consecuencia de la actividad principal que constituye su objeto de negocio, ya sea como responsables o encargados del tratamiento, quedando excluidos los tratamientos de datos que los asociados realicen en sus actividades de gestión interna y ordinaria, referidas a clientes, proveedores y trabajadores o empleados.

A estos efectos, se considera dentro del ámbito de actuación de ASEDIE cualquier actividad consistente en la creación de datos, información o conocimiento a partir de datos, información o conocimiento preexistente, en particular las recogidas en las letras a) a h) del artículo 3 del código.

El código es de obligado cumplimiento para todos los socios de ASEDIE, ya actúen como responsables o encargados, a excepción de aquellos socios en que concurra la condición de ser organismos, asociaciones, instituciones o entidades públicas que, con arreglo a sus estatutos, disponen del poder de decidir obligarse o no.

d) Ámbito de aplicación territorial y autoridad de control competente.

El código limita su aplicación a los tratamientos de datos personales que se lleven a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento de los Sujetos Obligados en el territorio español y con un ámbito territorial de aplicación exclusivamente español, por lo que, como se señala en el Informe de la Subdirección General RGD, tiene un ámbito exclusivamente nacional, que no requiere la aplicación del mecanismo de coherencia previsto en el RGD, siendo la autoridad competente para la aprobación del código la AEPD.

d) Consulta a las partes interesadas:

De acuerdo con la exposición de motivos del código, “En la elaboración del Código se ha tenido en cuenta la opinión de los principales actores que intervienen de una forma u otra en el Sector Infomediario, sobre todo de asociados, tanto en la faceta jurídica como en la de negocio, pero también de consultores y otras personas con conocimiento de los aspectos relevantes del sector”. No obstante, únicamente consta acreditado que el Código ha sido sometido a los Sujetos Obligados en las reuniones de Junta Directiva y la Asamblea General extraordinaria de la Asociación celebradas el 7 de mayo de 2018.

Por ello, **hubiera sido necesario que se aportaran dichas consultas o, al menos, se hubieran detallado en la memoria justificativa** que debería haberse aportado, tal y como se ha señalado anteriormente. Asimismo, hay que recordar que el RGPD prevé la consulta, si es posible, de los propios afectados, tal y como indica en su Considerando 99:

Al elaborar un código de conducta, o al modificar o ampliar dicho código, las asociaciones y otros organismos que representan a categorías de responsables o encargados deben consultar a las partes interesadas, incluidos los interesados cuando sea posible, y tener en cuenta las consideraciones transmitidas y las opiniones manifestadas en respuesta a dichas consultas

**En el presente caso, teniendo en cuenta las singularidades del presente código, derivadas del uso de información procedente de fuentes públicas y que el mismo pretende establecer presunciones de prevalencia del interés legítimo de los responsables o terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, hubiera sido necesario que se consultara a los afectados, al menos a través de las principales asociaciones que los representan.**

En este sentido, el apartado 5.8. de las Directrices 1/2019, señala lo siguiente:

28. Un proyecto de código debe contener información acerca del alcance de la consulta realizada.

Según el considerando 99 del RGPD, a la hora de elaborar (o de modificar o ampliar) un código debe consultarse a las partes interesadas, incluidos los interesados cuando sea posible. Como tal, los titulares del código deben confirmar y demostrar que se ha realizado una consulta al nivel adecuado con las partes interesadas antes de presentar el código para su aprobación. En su caso, esto incluirá información sobre otros códigos de conducta a los que los potenciales miembros del código podrían estar sometidos y deberá reflejar la forma en que su código complementa los otros códigos. También debe describirse el nivel y la naturaleza de la consulta que se ha realizado a sus miembros, a otras



partes interesadas y a los interesados o a las asociaciones u organismos que les representen. En la práctica, se recomienda encarecidamente a los miembros de la organización o el organismo que actúa como titulares del código que realicen una encuesta, teniendo en cuenta también la actividad de tratamiento efectuada con los clientes de dichos miembros. Cuando no se haya llevado a cabo ninguna consulta a las partes interesadas y específicas por no ser viable, el titular del código deberá explicar los motivos.

#### IV

En cuanto al contenido del código de conducta, el RGPD ha identificado determinados ámbitos que el mismo puede abarcar en el artículo 40.2:

2. Las asociaciones y otros organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento podrán elaborar códigos de conducta o modificar o ampliar dichos códigos con objeto de especificar la aplicación del presente Reglamento, como en lo que respecta a:

- a) el tratamiento leal y transparente;
- b) los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos;
- c) la recogida de datos personales;
- d) la seudonimización de datos personales;
- e) la información proporcionada al público y a los interesados;
- f) el ejercicio de los derechos de los interesados;
- g) la información proporcionada a los niños y la protección de estos, así como la manera de obtener el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño;
- h) las medidas y procedimientos a que se refieren los artículos 24 y 25 y las medidas para garantizar la seguridad del tratamiento a que se refiere el artículo 32;
- i) la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales a las autoridades de control y la comunicación de dichas violaciones a los interesados;
- j) la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, o
- k) los procedimientos extrajudiciales y otros procedimientos de resolución de conflictos que permitan resolver las controversias entre los responsables del tratamiento y los interesados relativas al tratamiento, sin perjuicio de los derechos de los interesados en virtud de los artículos 77 y 79.

En este punto, hay que destacar que el RGPD no identifica un contenido mínimo de los códigos de conducta, sino que se trata de una relación enunciativa de materias sobre las que podrán versar los mismos y que no

agota todos los supuestos que puedan plantearse para facilitar la aplicación del RGPD, a diferencia de lo que se hacía en el Reglamento de desarrollo de la LOPD de 1999, que exigía que los códigos tipo incluyeran el contenido al que se hacía referencia en el artículo 73 del Reglamento de la LOPD, que implicaba todo el ciclo de vida de los datos personales, un procedimiento de supervisión y una relación de adheridos, conforme a lo que disponían los artículos 75 y 76. Además, cabía la opción de incluir compromisos adicionales.

Lo que sí han de incluir obligatoriamente son los mecanismos de supervisión de su cumplimiento tal y como exige el artículo 40.4 del RGPD al objeto de permitir al organismo de supervisión efectuar el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados de tratamiento que se comprometan a aplicarlo.

En consecuencia, sea cual sea el contenido material de los códigos de conducta no pueden obviar incluir los mecanismos para el control de su cumplimiento, ya se trate de códigos aplicables a responsables o encargados del sector privado, como a los promovidos por autoridades y organismos públicos.

Por consiguiente, el análisis del contenido del código de conducta al objeto de su aprobación no vendrá determinado por el mayor o menor alcance del mismo, sino por la medida en que el mismo contribuya a la mejor aplicación de la normativa de protección de datos personales, aportando un “auténtico valor añadido” y garantías suficientes, según lo indicado al principio de este informe.

En relación con el contenido, el informe de la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos diferencia entre:

- la regulación genérica contenida en el código;
- la regulación de actividades específicas: la prestación de servicios de información de relevancia económica sobre sociedades mercantiles y otras personas jurídicas, así como sobre el ámbito de actividades económicas o negocio de empresarios individuales, profesionales y autónomos, regulada en el Anexo I; el mantenimiento de sistemas de comunes de información crediticia con datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de información crediticia, o la prestación de otros servicios de información sobre crédito y solvencia, regulada en el Anexo II y las acciones de mercadotecnia reguladas en el Anexo III)
- otros contenidos:
  - Modelos de cláusulas informativas (Anexo IV)
  - ejercicios de ponderación entre los intereses legítimos del responsable del tratamiento o de terceros y los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado, en la regulación de las operaciones de tratamiento de los asociados de ASIEDIE con carácter general, referente a los siguientes tratamientos: de datos seudonimizados; de datos personales para la consecución de resultados estadísticos; de datos personales relativos a

personas físicas que sean accionistas de una persona jurídica; de datos personales relativos a personas físicas que ostenten la titularidad de una persona jurídica (Anexo V).

- modelos de solicitud de ejercicio de derechos (Anexo VI)
- modelo de contrato de encargo del tratamiento (Anexo VII).
- Reglamento de la Comisión de Seguimiento del código de conducta (Anexo VIII).
- formulario anual para control del cumplimiento del código.
- sello de adhesión al código de conducta

Por otro lado, tal y como se señala en el informe de la Subdirección General RGPD, “La estructura del código de conducta reviste una cierta complejidad, debido en especial a las diferentes actividades de negocio que realizan los socios de ASEDIE”. Y esa complejidad es, precisamente, la principal característica del presente código, tal y como se reitera en dicho informe en su valoración final: “el presente proyecto de código de conducta resulta complejo, debido, fundamentalmente, a la variedad de actividades que realizan los asociados a ASEDIE y que se engloban en el denominado sector “infomediario”. Así mismo, su tramitación hasta alcanzar la versión que es objeto de informe ha sido igualmente compleja”. En relación a dicha tramitación, el citado informe destaca cómo la adopción por el Comité Europeo de Protección de Datos de las Directrices 1/2019 y de los Criterios de acreditación de los organismos de supervisión por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), “motivó la revisión del proyecto de código de conducta, en particular en lo relativo al organismo de supervisión, así como de algunos otros aspectos que fueron objeto de actualización en las diferentes versiones a que dieron lugar las numerosas reuniones y contactos con la asociación promotora del código para, por una parte y la principal, alinearlos con las Directrices del CEPD y los Criterios de la AEPD y, por otra, para ajustarlo a los criterios que se iban adoptando”.

No obstante, pese a las numerosas reuniones mantenidas y los sucesivos textos intercambiados, derivadas de la actitud colaboradora adoptada por la AEPD, y tal y como se indica en la valoración final del informe de la Subdirección General RGPD “algunos de los contenidos no se adecuarían a lo dispuesto en el RGPD o en la LOPDGDD, sin que, a pesar de las reuniones mantenidas en las que se han manifestado las dudas que seguidamente se pasan a exponer, se haya decidido su modificación o adecuación por parte del promotor del código”. Dichos contenidos son los correspondientes a los tratamientos derivados del mantenimiento de sistemas de información crediticia con datos relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito (ficheros de solvencia positivos), y el modelo de cláusula informativa del Anexo IV.a) y los tratamientos de la información sobre solvencia patrimonial con datos obtenidos de fuentes públicas o que el interesado haya hecho manifiestamente públicos (ficheros de incidencias judiciales), respecto de los cuales el informe concluye que no se aprecia la

prevalencia del interés legítimo del responsable o de terceros sobre los intereses, derechos y libertades de los afectados, criterio que, como se analizará con detalle en el presente informe, comparte este Gabinete Jurídico.

A este respecto, debemos insistir, una vez más, en el cambio de paradigma que ha supuesto el principio de responsabilidad proactiva en el que se basa todo el RGPD, cuya incidencia, en la tramitación de los códigos de conducta, supone que es el promotor del código el que debe velar por el adecuado cumplimiento de los requisitos necesarios para su aprobación, previa realización de todos los trámites y consultas que estime oportunos, **sin que la solicitud de aprobación a la autoridad de control implique la apertura de un nuevo procedimiento en el que se pueda ir revisando y mejorando el código gracias a la intervención de dicha autoridad.**

Esta circunstancia ha sido expresamente prevista por el CEPD, señalando las Directrices 1/2019 lo siguiente:

58. Es importante destacar que el proceso de evaluación no debe constituir una oportunidad para llevar a cabo una consulta adicional acerca de las disposiciones del código presentado a la autoridad de control competente. De acuerdo con el artículo 40, apartado 5, esta última es la encargada de emitir un dictamen acerca del cumplimiento del RGPD por parte del proyecto de código. Como tal, la comunicación prevista entre la autoridad de control competente y los titulares del código durante esta fase del proceso se centrará fundamentalmente en aportar aclaraciones y asistencia para llevar a cabo una evaluación de conformidad con los artículos 40 y 41. Está previsto que, cuando proceda, los titulares del código contacten con las autoridades de control antes de presentar su proyecto de código para su aprobación. En principio, la fase de aprobación del proyecto no debe derivar en una consulta adicional por parte de los titulares del código acerca de disposiciones específicas del proyecto de código, ni debe permitir la realización de una evaluación más amplia mediante la cual se presenten modificaciones continuamente a la autoridad de control competente. Asimismo, es fundamental que los titulares del código tengan disponibilidad para dar respuesta a las cuestiones que deban ser aclaradas por lo que respecta a su proyecto de código y que puedan hacerlo en un plazo razonable. Es importante que los titulares del código estén preparados y organizados para responder a las consultas de forma eficiente y competente. Se recomienda facilitar a la autoridad de control competente un punto de contacto único o específico. La autoridad de control competente deberá decidir si necesita información adicional antes de tomar su decisión acerca del proyecto de código y también podrá determinar el medio de comunicación entre las partes. En aras de la continuidad, la autoridad de control competente seguirá siendo el punto de contacto principal durante todo el proceso de aprobación de los códigos transnacionales.

**En el presente caso, no obstante esa implicación de la AEPD en la mejora del código, algunas de sus recomendaciones sustanciales no han sido recogidas, razón que por sí pudiera haber determinado la inadmisibilidad del presente código de conducta.**

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que se ha continuado la tramitación del código, procede emitir informe jurídico sobre su contenido, comenzando, precisamente, por los tratamientos a los que la Subdirección General RGPD ha mostrado su disconformidad.

## **I.- MANTENIMIENTO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA CON DATOS RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS, FINANCIERAS O DE CRÉDITO (FICHEROS DE SOLVENCIA POSITIVOS).**

El informe emitido por la Subdirección General RGPD considera que su contenido no se adecúa a lo dispuesto en el RGPD o en la LOPDGDD, enumerando una serie de razones que se sintetizan en las siguientes: se aprecia una confusión entre el interés del responsable y la finalidad del tratamiento, ya que el interés invocado no parece ser sino el de obtener un beneficio económico en tanto que la necesidad de que terceras entidades conozcan los datos de cumplimientos económicos constituiría la finalidad del tratamiento; los datos se recabaron con otra finalidad, debiendo concluirse que el juicio o test de compatibilidad sería contrario al principio de finalidad; el artículo 5 del RGPD requiere que los datos sean tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado y el interés legítimo exige que el tratamiento sea necesario; de los datos tratados se puede llegar a obtener un perfil de los interesados que muestre su vida e intimidad personal y familiar; existen países que no consideran el interés legítimo como base para la realización de estos tratamientos; no se aportan garantías suficientes; el legislador ha regulado con base en el interés legítimo el tratamiento de datos de los ficheros negativos, guardando silencio sobre este tipo de ficheros; no se aprecia la prevalencia del interés legítimo del responsable o de terceros sobre los derechos y libertades de los afectados.

**1.- Antecedentes históricos y legislativos. Tratamiento diferenciado de los sistemas de información crediticia relativos al cumplimiento de obligaciones y los referidos al incumplimiento en la legislación y doctrina administrativa española.**

Este Gabinete Jurídico comparte el criterio manifestado por la Subdirección General RGPD que, además, se corresponde con el tratamiento tradicional que han tenido en nuestro ordenamiento jurídico los ficheros positivos, cuya legitimidad se basaba en la obtención del consentimiento del afectado, tal y como ha venido señalando, reiteradamente, esta Agencia.

En este sentido, en el informe 180/2010, ya se destaca cómo el tratamiento de datos relativos a la situación crediticia de una determinada persona física era uno de los que mayores reclamaciones generaba ante la Agencia Española de Protección de Datos, lo que dio lugar a que se dictara su primera Instrucción de carácter general (la Instrucción 1/1995 de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito) en referencia a este tipo de tratamientos, a fin de resolver los problemas que el mismo planteaba desde el punto de vista de la aplicación de los principios de calidad de datos, consagrados por el artículo 6 de la Directiva) y de seguridad, previsto en su artículo 17.

Posteriormente, el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, procedió a su regulación, diferenciando dos supuestos:

“1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el creador o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.



3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos.

4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos.”

Analizando dicha diferenciación, el citado informe 180/2010 señalaba lo siguiente:

Así, por una parte, los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en sentido estricto recogerían información obtenida del propio interesado o de fuentes accesibles al público, pudiendo los mismos incorporar información tanto positiva como negativa y quedando, en general, sometidos al régimen común de las normas de protección de datos.

Frente a tales ficheros, el artículo 29.2 de la Ley Orgánica se refiere a los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, en que los datos podrán ser facilitados directamente al sistema de información crediticia por los acreedores o quienes actúen por cuenta o interés de los mismos, entendiendo el legislador que la legitimación para el tratamiento de tales datos podrá encontrar su causa en lo dispuesto en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, dado que el legislador aprecia la existencia de un interés legítimo para el tratamiento de los datos que prevalece sobre el derecho a la protección de datos del interesado, que simplemente habrá de ser informado acerca de este tratamiento.

La exclusión de la intervención del interesado en el tratamiento de datos en estos ficheros (respecto de cuya permanencia no podrá efectuar oposición alguna, a menos que no se cumplan los principios de protección de datos) tiene como compensación para garantizar el adecuado equilibrio de intereses, un reforzamiento de las garantías del cumplimiento de los principios de calidad de datos, que exigirán

extremar las cautelas tendentes a garantizar que los datos sean adecuados pertinentes y no excesivos, que reflejen la situación real del deudor y que no se conserven por un período de tiempo que exceda la finalidad que justifica el tratamiento.

En consecuencia, el legislador español ha analizado la aplicación de la regla de equilibrio consagrada por el artículo 7 f) de la Directiva en relación con los sistemas de información crediticia, teniendo en cuenta la finalidad o “interés legítimo” perseguido por el tratamiento, cual es la sostenibilidad del sistema financiero y crediticio y la garantía del acceso al crédito por parte de los particulares y empresas, tal y como se desprende de lo establecido en los artículos 8 y 9 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.

Y teniendo en cuenta tal análisis, el legislador ha considerado que la finalidad perseguida con estos tratamientos prevalecerá sobre el derecho a la protección de datos del deudor en aquellos supuestos en que el mismo no haya dado cumplimiento a sus obligaciones, no siendo preciso el consentimiento del interesado en tales casos y siendo suficiente la comunicación directa de los datos al fichero por parte del acreedor o quien actúe por cuenta o interés del mismo. Por el contrario, cuando los datos no se refieren a incumplimientos, sino a la simple existencia de crédito o el cumplimiento del mismo (es decir, a los llamados ficheros positivos), el legislador ha considerado que el interés legítimo del responsable únicamente prevalece sobre el derecho a la protección de datos del interesado en caso de que tales datos sean manifiestamente públicos, siendo en los restantes supuestos necesario contar con el consentimiento del interesado.

Una vez efectuada tal consideración, y teniendo en cuenta que el legislador considera prevalente el interés legítimo del responsable y posibles destinatarios de los datos en los supuestos de sistemas de información crediticia con datos negativos, aquél ha establecido un sistema de garantías reforzadas que aseguren que los datos contenidos en el sistema cumplen con las exigencias establecidas en la legislación de protección de datos y en particular en la Directiva 95/46/CE de la que trae causa la Ley española, así como una serie de mecanismo tendentes a garantizar asimismo que el interesado, que no puede decidir en modo alguno sobre el tratamiento en estos casos, por resultar aplicable el citado artículo 7 f) de la Directiva y que no puede ejercer su derecho de

oposición, al venir expresamente reconocido el tratamiento por la Ley, tenga pleno conocimiento del tratamiento de sus datos y pueda ejercer adecuadamente los restantes derechos que la Ley y la Directiva le reconocen.

El sistema se cierra finalmente con la autorización expresa otorgada por el legislador al regulador, es decir, al Banco de España, para la creación de un fichero específico referido al riesgo de crédito contraído por las entidades financieras de crédito (Central de Información de Riesgos del banco de España, regulada por la Ley 44/2002, de medidas para la reforma del sistema financiero), al que se comunicarán por la entidades financieras la totalidad de las operaciones, positivas o negativas, que impliquen la existencia de un riesgo de crédito. En este supuesto, dado que la finalidad perseguida por el fichero es la adecuada supervisión por el regulador del riesgo de crédito contraído por las entidades, el legislador ha considerado igualmente prevalente el interés legítimo o finalidad perseguido por el fichero sobre el derecho a la protección de datos de los interesados, por lo que no será preciso acudir al consentimiento de los mismos, encontrándose el tratamiento legitimado por el artículo 7 f) de la Directiva.

En definitiva; la legislación española reconoce la existencia de dos tipos distintos de sistemas de información crediticia, positivos y negativos, estableciendo un régimen diferenciado para ambos que, originariamente, se funda en la existencia de una diferente legitimación para el tratamiento de datos en unos y otros, lo que igualmente afectará a las garantías a adoptar para el cumplimiento de los distintos principios consagrados por la Directiva.

[...]

Del mismo modo, y teniendo en cuenta lo que se ha venido indicando a lo largo del presente escrito, el legislador considera prevalente el interés del responsable y del cesionario en los supuestos en los que existe efectivamente un dato negativo; es decir, un impago real de las obligaciones por parte del interesado, de forma que en caso de haber desaparecido esa circunstancia desaparece también el citado interés y la legitimación para el tratamiento a la que se viene haciendo referencia, dado que los datos no estarían siendo tratados para los fines propios de los sistemas con datos negativos, sino de los denominados ficheros positivos, no pudiendo legitimarse el tratamiento en el artículo 7 f) de la Directiva sino, como regla general, en su artículo 7 a), lo que requerirá el consentimiento del afectado.

Este criterio fue mantenido, igualmente, por el Tribunal Supremo, en sus sentencias (2) de 15 de julio de 2010 (Rec. 23/2008 y Rec. 26/2008), en las que después de transcribir los dos primeros apartados del artículo 29 de la LOPD, concluía lo siguiente:

La lectura de dichos apartados permite concluir, en una interpretación lógico-sistemática de los mismos, que el apartado 1 se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento y que el apartado 2 hace mención a los ficheros negativos o de incumplimiento, como sin dificultad se infiere, pese a la referencia al "cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones", de que se trata de datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés. Lo que no resulta admisible son los ficheros positivos prescindiendo del consentimiento del afectado.

Como recuerda el informe de esta Agencia 114/2012, dicha sentencia fue dictada en el marco del mismo proceso en que planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la previsión contenida en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, se encuentra dotada de efecto directo, y que dio lugar a la sentencia del Tribunal de 24 de noviembre de 2011, en que dicho Órgano ratificaba esa circunstancia, añadiendo que

En consecuencia, el propio Tribunal Supremo en el proceso en que se planteaba si la regla de ponderación del interés legítimo del responsable con los derechos del interesado se encontraba dotada de efecto Directo, dejando imprejuzgados los preceptos del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que consideró vinculados a la decisión final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no consideró necesario esperar a dicha resolución para determinar si era posible la existencia de ficheros positivos sin contar con el consentimiento del interesado, entendiéndose que dicho consentimiento sería preciso en ese caso con independencia de que la Sentencia del Tribunal de Justicia declarase el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva.

En consecuencia, esta Agencia, siguiendo el criterio sustentado por el Tribunal Supremo, no puede sino considerar que será preciso obtener el consentimiento del interesado para la inclusión de sus datos en los denominados ficheros positivos de solvencia patrimonial y crédito.

Por otro lado, la necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos personales en los ficheros positivos había sido reconocida, igualmente, por el Grupo del Artículo 29 en su Documento de trabajo sobre las listas negras (WP 65) adoptado el 3 de octubre de 2002:

Abordando de una forma genérica un posible concepto básico de lista negra, podría señalarse que consistiría en la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación.

Dado que cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, constituye un tratamiento de datos personales sujeto a la Directiva 95/46/CE y, consecuentemente, sujeto a las respectivas normativas de transposición de la misma en los distintos Estados miembros, estas llamadas listas negras, para poder existir legalmente, deberán someterse a los principios de legitimación que aparecen en dicha Directiva y respetar los derechos que a los ciudadanos les confiere la misma, salvo que puedan acogerse a alguna de las excepciones previstas en ella.

[...]

Ficheros de deudores y servicios de información de solvencia patrimonial y crédito

Estos ficheros son, quizá, las listas negras que más influencia tienen en un número elevado de ciudadanos y cuya existencia se puede constatar en todos los Estados miembros. También es cierto que son los tratamientos de datos personales los que, en general, suscitan un mayor número de reclamaciones a las autoridades de control de protección de datos europeas. El primer aspecto que debemos mencionar respecto de estos ficheros es la existencia de diversos tipos de regulación en la totalidad de los Estados miembros. En algunos casos se contiene en la normativa de transposición de la Directiva 95/46/CE, mientras que en otros aparece en normativas sectoriales de carácter comercial o financiero. No se trata, por lo tanto, de valorar o enjuiciar la legitimidad de la existencia de tales ficheros, que como se ha señalado disponen de base jurídica en los respectivos Estados Miembros, sino de analizar su aplicación y puesta

en práctica. Estas actividades suponen la concertación entre distintos empresarios para transmitirse entre sí, generalmente por medio de una entidad centralizadora, informaciones sobre los clientes, las cuales inciden en las condiciones comerciales o de servicio, de forma directa y significativa. La regulación legal de estas listas se basa en la necesidad de las empresas de contar con información que les permita evaluar los riesgos cuando aceptan prestar un servicio o entregar un bien a crédito y cumplen, de esta manera, también una función de estabilidad y saneamiento del tráfico mercantil.

Por otra parte, cabría hacer una clara distinción entre los ficheros que se denominan ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito y aquellos destinados a facilitar información relativa al incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Los primeros están destinados a la evaluación de las posibilidades económicas y financieras de una persona para hacer frente a una futura obligación crediticia. Los segundos almacenan datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, con el objetivo de conocer la existencia de anteriores obligaciones impagadas por una persona determinada, lo que de existir, lógicamente, lleva consigo una valoración negativa a la hora de otorgar un nuevo crédito.

En el caso de ficheros en los que se recoge el historial positivo de los pagos de una persona (incluso prohibido en algún Estado miembro, dado que el cumplimiento por parte del deudor no supone riesgo alguno para la estabilidad del sistema financiero ni, en principio, dicha comunicación es necesaria para llevar a buen fin una relación contractual entre las partes), la inclusión de esos datos en ficheros comunes debería legitimarse bien en la existencia de legislación que así lo prevea (por ejemplo, para posibilitar a las autoridades financieras competentes evaluar el riesgo general asumido por las entidades financieras) o bien en la existencia de un consentimiento libre, inequívoco, específico e informado por parte del afectado.

En cualquier caso, este tipo de ficheros se ha mencionado aquí ya que conviene tener en cuenta que aunque esta tipología de ficheros comunes relativos a historiales positivos no persiguen la finalidad de estigmatizar a un grupo de personas, objetivo de los ficheros de «listas negras», lo cierto es que su generalización conduciría al mismo resultado a través de una discriminación positiva (quien está en la lista es bueno, quien no está es malo o, al menos, sospechoso).



Posteriormente, tras la aprobación del RGPD, esta Agencia ha venido destacando que la reforma operada por el mismo respecto del régimen contenido en la Ley Orgánica 15/1999 exige un cambio de perspectiva en lo que respecta a los principios articuladores del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, en particular, a aquél que hacía del “principio de consentimiento” el eje central del derecho a la protección de datos ya que en el texto del artículo 6.1 del RGPD el consentimiento se recoge como una de las seis causas de legitimación para el tratamiento sin ostentar mayor o menor importancia que las restantes que en la norma se enumeran, de modo que no procede recabar en ningún caso el consentimiento del afectado en los supuestos en los que el tratamiento se encuentre amparado por cualquiera de las causas incluidas en las letras b) a f) del artículo 6.1 del RGPD.

Sin embargo, en relación con los ficheros positivos, el criterio de la Agencia no ha cambiado, considerando necesario, dada la mayor incidencia que dichos ficheros tienen en los derechos e intereses de los afectados, la necesidad del consentimiento de los mismos, circunstancia que, incluso, había sido prevista por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, tal y como se indica en el informe 194/2017:

Respecto de los sistemas de información crediticia, el artículo 14 viene a recoger en el articulado del nuevo texto legal las normas ya contenidas en el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 y en sus normas de desarrollo, contenidas en el Capítulo I del Título IV de su Reglamento. Como novedad, no obstante el apartado 2 del artículo se refiere a los ficheros relacionados con el cumplimiento de obligaciones dinerarias.

Se establece así una estructura en que el apartado 1 se refiere a los tradicionalmente denominados “ficheros negativos”, respecto de los que sería de aplicación como base legitimadora del tratamiento el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos, conforme a lo previstos en el artículo 9.3 del Anteproyecto, dedicándose el apartado 2 a los denominados “ficheros positivos”, en que el legislador considera que no procede la aplicación de la citada regla de ponderación como base legal del tratamiento, exigiendo el consentimiento del afectado. Junto con ellos, el apartado 3 establece las disposiciones comunes a ambos sistemas de información o a los sistemas en que se contengan datos tanto de cumplimientos como de incumplimientos, recogiendo las disposiciones actualmente vigentes para los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Finalmente, el apartado 4 establece una especialidad en lo que respecta al cumplimiento del principio de finalidad

para este tipo de sistemas de información, que no ampara la elaboración de perfiles a partir de otra información distinta.

La primera de las novedades del precepto es la regulación de los supuestos de cumplimiento de obligaciones, estableciendo el principio de que la regla de ponderación del artículo 6.1 f) del Reglamento general no opera como causa legitimadora del tratamiento, que deberá contar con el consentimiento del interesado. Se hace así eco de lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 (sic) de julio de 2010, que indicaba lo siguiente:

[...]

Posteriormente, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley, de 26 de octubre de 2017, en relación con la regulación que el mismo hacía en su artículo 22 sobre los llamados sistemas comunes de información crediticia, que llevan a cabo el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento (apartado 1) o al cumplimiento (apartado 2) de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito, señala lo siguiente:

Al igual que en los supuestos precedentes, en la medida en que la lista de circunstancias legitimadoras del tratamiento contenida en el artículo 6.1 del Reglamento Europeo debe considerarse exhaustiva, la licitud de este tipo de tratamientos debe encontrar encaje en alguno de esos supuestos, siendo el contemplado en su letra f) -intereses legítimos perseguidos por el responsable o por un tercero- el que de forma más evidente se impone. Como ya se expuso al analizar el artículo 9.3 del Anteproyecto, sin embargo, el Reglamento no habilita a los Estados miembros a desarrollar este supuesto, y la jurisprudencia viene señalando que una ponderación de intereses como la que impone este precepto debe realizarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto, sin que la normativa nacional pueda excluir la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales estableciendo el resultado de la ponderación "con carácter definitivo (...) y sin permitir un resultado diferente" (SSTJUE ASNEF y Breyer, ya citadas).

Parece ser la voluntad del legislador comunitario, por tanto, que la determinación de las circunstancias en que un determinado sistema de información crediticia sea legítimo deba ser valorado caso a caso por el propio responsable del tratamiento y, en último término, por las autoridades de protección de datos y por los tribunales, lo que implica la

desaparición de la vigente regulación sobre tales tratamientos (artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999) y la consiguiente supresión del artículo 22 del Anteproyecto y de la disposición adicional octava del mismo, vinculada al primero.

La única área de intervención del legislador nacional en estos casos sería el relativo a aquellos sistemas de información crediticia que respondan a un determinado interés público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 y 3 del Reglamento.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la ya apuntada posibilidad de redactar estas previsiones en forma de presunción iuris tantum, tal y como se indicó en las observaciones al artículo 9.3 del Anteproyecto.

Atendiendo a dicha observación, el legislador nacional optó por establecer una presunción, iuris tantum, de interés legítimo prevalente en el caso de los ficheros negativos, incrementando las garantías respecto a las que se venían exigiendo hasta ese momento para dichos ficheros. Sin embargo, optó intencionadamente por no establecer la misma presunción respecto de los ficheros positivos, que de este modo quedaban huérfanos de regulación legal, debiendo realizarse la correspondiente ponderación por los responsables de los tratamientos, “y, en último término, por las autoridades de protección de datos y por los tribunales”.

No obstante, esta Agencia no ha variado su criterio respecto a los ficheros positivos, dada, como se señalaba anteriormente, la mayor incidencia que los mismos tienen para los derechos e intereses de los afectados, y que impide apreciar la prevalencia de los intereses legítimos del responsable o de terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, tal y como se analizará detenidamente en el presente informe. En este sentido, en el reciente informe 41/2020, relativo al Proyecto de Orden Ministerial de regulación del crédito revolvente, respecto de la nueva redacción que el mismo daba al artículo 18.2.a) 2º de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establecía que “2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a otros sistemas de información crediticia, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en 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, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y su normativa de desarrollo”, esta Agencia destacaba la necesidad de hacer referencia al artículo 20 de la LOPDGDD, que únicamente se refiere a los ficheros negativos, que son los únicos regulados en la ley, así como la diferente base jurídica de los tratamientos realizados por éstos respecto de la CIRBE, señalando lo siguiente:

Sobre este texto esta AEPD emite un informe negativo, por las siguientes razones:

En primer lugar, y a diferencia de lo que parece resultar del texto propuesto, los sistemas de información crediticia no se regulan en el RGPD, sino bien al contrario están directamente regulados en el art. 20 de la ley orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Es este artículo el que establece una presunción de licitud para el tratamiento de datos personales relativos a determinados sistemas de información crediticia. Una remisión inicial al RGPD podría determinar una interpretación contraria a este artículo de la LOPDGDD, en detrimento de los sistemas de información crediticia previstos en esta última norma, dado que el RGPD, como ya se ha mencionado, no contiene una regulación o garantías específicas de los sistemas de información crediticia.

En segundo lugar, el uso de la expresión “otros sistemas de información crediticia” tras referirse al CIRBE puede dar lugar a pensar que existe una similitud en la naturaleza jurídica del CIRBE y del resto de “entidades de naturaleza privada” que pueden prestar ese servicio de información a las entidades declarantes. El art. 69 de la ley 44/2002, con rango legal y superior por tanto a la propuesta de Orden, lo expresa así adecuadamente. Además, el art. 59 de dicha ley 44/2002 califica al CIRBE como un “servicio público”, con lo cual la base jurídica para el tratamiento de los datos personales por el CIRBE será bien el apartado c) bien el apartado e) del apartado 1 del art. 6 RGPD, base esta que en ningún caso se aplicará al resto de entidades que presten este servicio de información conforme al art. 20 LOPDGDD.

Se considera por último que expresa mejor las características que separan al CIRBE de otras entidades privadas el texto actual del epígrafe 2º de la letra a) del apartado 2 del art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, obviamente adaptado a los cambios normativos acaecidos desde su promulgación, y con la debida referencia a la LOPDGDD y al RGPD.

Se sugiere por tanto para este epígrafe la siguiente redacción:

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en 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, y en la citada ley orgánica y su normativa de desarrollo.

Sobre esta cuestión se pronunció, igualmente, el Consejo de Estado en su Dictamen sobre dicho proyecto de Orden de 2 de julio de 2020, señalando lo siguiente:

8. El artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, regula la evaluación de solvencia en el préstamo responsable, disponiendo en su apartado 1 que "las entidades, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad".

Entre los aspectos que deben evaluar las entidades, el apartado 2.a) se refiere a la situación financiera del cliente y dispone que se consultará su historial crediticio. A tal efecto señala que las entidades podrán "acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (...)".

Dichos sistemas de información crediticia que se contemplan en la LO 3/2018 son los denominados ficheros negativos de solvencia, también conocidos como ficheros de morosos, que incluyen información relativa a incumplimientos de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito. La LO 3/2018 establece una presunción de licitud respecto del tratamiento de los datos personales contenidos en dichos ficheros.

A lo largo de la tramitación del proyecto sometido a consulta, varias entidades han indicado la conveniencia de que el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, incluya expresamente también la

posible consulta a los denominados ficheros positivos de solvencia, esto es, ficheros que recogen información sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias (por ejemplo, datos sobre los préstamos concedidos a un cliente, su importe, plazo de amortización o garantías asumidas). Consideran que esto reduciría las asimetrías informativas a la hora de conceder créditos y coadyuvaría a evitar situaciones de sobreendeudamiento y a reducir los tipos de interés.

La consulta a este tipo de ficheros, no contemplados expresamente en la LO 3/2018, está ya prevista legalmente para la concesión de algunos créditos. En particular, el artículo 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario lo prevé para tales contratos y su disposición adicional duodécima lo amplía también para los contratos de crédito al consumo, disponiendo que la consulta a tales ficheros se hará en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el artículo 5.2.d) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, faculta a la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa (hoy Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital) para dictar normas que favorezcan, en la comercialización de préstamos y créditos, "la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante", no existe inconveniente en que la orden proyectada recoja expresamente la posibilidad de que las entidades consulten los ficheros positivos para evaluar la solvencia de los clientes, siempre que ello se haga respetando la normativa de protección de datos personales.

De hecho, esta parece haber sido la intención del órgano proponente del proyecto, tal y como se señala en una de las notas que obran en el expediente en la que se analizan las observaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública. De ahí que se modifique el 18.2.a).2º que pasa a referirse a "los sistemas de información crediticia", en lugar de a "los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito" como hacía anteriormente. Sin embargo, al mantener la referencia inmediata a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales no se consigue la finalidad perseguida.

Se sugiere, por tanto, eliminar dicha referencia. Además, sería conveniente que el precepto se remitiera con carácter general a la normativa sobre protección de datos personales, en lugar de al Reglamento (UE) 2016/679, a la LO 3/2018 y a su normativa de desarrollo. De esta manera se evitaría que la orden quedara desactualizada si alguna de dichas normas cambian en el futuro.



En consecuencia, se propone la siguiente redacción alternativa del artículo 18.2.a). 2º: "Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia, con los requisitos y garantías previstos en la normativa sobre protección de datos personales."

No obstante, dicha observación no fue recogida en el texto definitivo de la Orden, que ha mantenido la redacción que había sido propuesta por esta Agencia, haciendo referencia, exclusivamente y en contra de lo que habían solicitado las entidades a las que se les había dado audiencia en el expediente, la única referencia a los ficheros negativos del artículo 20 de la LOPDGDD, sin incorporar previsiones relativas a los ficheros positivos de solvencia:

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en 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, en la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y su normativa de desarrollo

Partiendo de lo anterior, puede sostenerse que, al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno, desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, que, a falta de regulación legal, la legitimidad del tratamiento de datos personales referidos a situaciones de cumplimiento de obligaciones dinerarias (ficheros de solvencia positivos) requiere el consentimiento del afectado, sin que dicha apreciación haya cambiado tras la entrada en vigor del RGPD, dada la mayor incidencia que dichos tratamientos tienen en los derechos e intereses de los mismos y que se obvia en el proyecto de código de conducta remitido, tal y como se analizará posteriormente, y que impide apreciar la prevalencia de los intereses legítimos del responsable o de terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados.

A este respecto hay que destacar que, si bien el legislador, siguiendo el criterio del Consejo de Estado, no ha exigido expresamente el consentimiento de los afectados al impedirlo el RGPD, tampoco ha establecido una presunción *iuris tantum* que legitimara los mismos y diese carta de naturaleza a este tipo de ficheros positivos, al contrario de lo que ha hecho, siguiendo también nuestra tradición jurídica, respecto de los ficheros negativos, si bien, respecto de estos últimos ha introducido aún mayores garantías, para tratar de evitar los problemas que se producen con los mismos.

## **2.- Análisis del tratamiento de los sistemas de información crediticia relativos al cumplimiento de obligaciones en el código de conducta.**

Partiendo de lo anterior, procede analizar si el tratamiento propuesto en el código de conducta podría ampararse, tal y como se pretende, en el interés legítimo, partiendo de que el legislador no ha establecido una presunción del mismo, si bien, como señala la Exposición de Motivos de la LOPDGDD “En el Título IV se recogen «Disposiciones aplicables a tratamientos concretos», incorporando una serie de supuestos que en ningún caso debe considerarse exhaustiva de todos los tratamientos lícitos. Dentro de ellos cabe apreciar, en primer lugar, aquellos respecto de los que el legislador establece una presunción «*iuris tantum*» de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos, lo que no excluye la licitud de este tipo de tratamientos cuando no se cumplen estrictamente las condiciones previstas en el texto, si bien en este caso el responsable deberá llevar a cabo la ponderación legalmente exigible, al no presumirse la prevalencia de su interés legítimo”.

El código de conducta pretende amparar dichos tratamientos en la existencia de un interés legítimo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.f) del RGPD: 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.

Los Considerandos 47 a 49 del RGPD incluyen la identificación de algunos supuestos de interés legítimo:

(47) El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.

(48) Los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados. Los principios generales aplicables a la transmisión de datos personales, dentro de un grupo empresarial, a una empresa situada en un país tercero no se ven afectados.

(49) Constituye un interés legítimo del responsable del tratamiento interesado el tratamiento de datos personales en la medida estrictamente necesaria y proporcionada para garantizar la seguridad de la red y de la información, es decir la capacidad de una red o de un sistema información de resistir, en un nivel determinado de confianza, a acontecimientos accidentales o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos personales conservados o transmitidos, y la seguridad de los servicios conexos ofrecidos por, o accesibles a través de, estos sistemas y redes, por parte de autoridades públicas, equipos

de respuesta a emergencias informáticas (CERT), equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT), proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y proveedores de tecnologías y servicios de seguridad. En lo anterior cabría incluir, por ejemplo, impedir el acceso no autorizado a las redes de comunicaciones electrónicas y la distribución malintencionada de códigos, y frenar ataques de «denegación de servicio» y daños a los sistemas informáticos y de comunicaciones electrónicas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, en la que se declaró expresamente el efecto directo de lo dispuesto en el artículo 7.f de la Directiva 95/46/CE, relativo al interés legítimo como base del tratamiento, recuerda en su apartado 38 que el artículo 7 f) de la Directiva “establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado” y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma “dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado”.

A este respecto cabe poner de manifiesto que en esa ponderación entre el posible interés legítimo del responsable y los derechos del interesado, estos últimos tienen la consideración de derecho fundamental conforme al art. 18.4 de la Constitución y art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y si bien, como todo derecho fundamental, el de protección de datos personales admite limitaciones, ello habrá de ser en favor de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. El propio Considerando 4º del RGPD señala que *[e]l tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.* Y la circunstancia de que en la ponderación se someta a escrutinio un derecho fundamental frente a otro tipo de intereses, legítimos, pero que no gozan del mismo nivel de protección, no ha de ser indiferente.

El Grupo del 29, en su extenso Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, analiza detenidamente esta base jurídica y proporciona interesantes ejemplos al respecto, al objeto de apreciar cuándo, en virtud de la “prueba de sopesamiento”, el interés legítimo del responsable puede considerarse prevalente.

De sus conclusiones, interesa extractar lo siguiente:

a) En primer lugar, que el interés legítimo del responsable del tratamiento no deberá considerarse un fundamento jurídico que solo puede utilizarse con moderación para cubrir las lagunas en situaciones raras o imprevistas como «un último recurso», o como una última posibilidad si no se pueden aplicar otros motivos de legitimación. Tampoco deberá percibirse como una opción preferente ni deberá extenderse su uso indebidamente porque se considere menos restrictiva que los demás fundamentos jurídicos. Por el contrario, se trata de un medio tan válido como cualquier otro para legitimar el tratamiento de datos personales.

Una utilización apropiada del artículo 7, letra f), en las circunstancias correctas y sujeta a las garantías pertinentes, puede ayudar a impedir un uso indebido y a evitar una dependencia excesiva de otros fundamentos jurídicos. Una evaluación adecuada del equilibrio en virtud del artículo 7, letra f), en ocasiones con una posibilidad de exclusión voluntaria del tratamiento, puede en algunos casos ser una alternativa válida al uso inapropiado, por ejemplo, del fundamento jurídico basado en el «consentimiento» o en la «necesidad de ejecución de un contrato». Considerado de este modo, el artículo 7, letra f), presenta garantías complementarias en comparación con otros motivos de legitimación determinados previamente. No deberá, por tanto, considerarse como «el vínculo más débil» o una puerta abierta para legitimar todas las actividades de tratamiento de datos que no estén comprendidas en cualquiera de los demás motivos de legitimación.

b) En segundo lugar, que el interés del responsable del tratamiento, entendido en el sentido más amplio posible, para que pueda considerarse «legítimo» deberá ser lícito, es decir, conforme a la legislación nacional y de la UE. Debe estar articulado también con la claridad suficiente y debe ser lo suficientemente específico para permitir que la “prueba de sopesamiento” se realice en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Debe también representar un interés real y actual, es decir, no debe ser especulativo.

c) El tratamiento debe ser también «necesario para la satisfacción del interés legítimo» perseguido por el responsable del tratamiento o, en el caso de

revelación de los datos, por la tercera parte. Por tanto, siempre se preferirán medios menos invasivos para servir al mismo fin.

d) Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la aplicación de la “prueba de sopesamiento”, se identifican unos factores clave que deben considerarse al efectuar la misma:

- la naturaleza y fuente del interés legítimo, incluido el hecho de:
  - si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, o
  - si se trata, de otro modo, de una cuestión de interés público o que se beneficia del reconocimiento jurídico o normativo, social o cultural de la comunidad afectada.
- el impacto sobre los interesados, incluidas:
  - la naturaleza de los datos, por ejemplo, si el tratamiento afecta a datos que puedan considerarse sensibles o que consten en fuentes públicas;
  - la manera en la que se tratan los datos, por ejemplo, si los datos se han revelado al público o se han puesto de otra manera a disposición de un gran número de personas, o si grandes cantidades de datos personales se tratan o combinan con otros datos (por ejemplo, en el caso de la elaboración de perfiles, con fines comerciales, de cumplimiento de la ley u otros);
  - las expectativas razonables del interesado, especialmente en relación con el uso y la revelación de los datos en el contexto pertinente;
  - la posición del responsable del tratamiento y del interesado, incluido el equilibrio de poder entre ambos, o si el interesado es un niño o pertenece de otro modo a un segmento vulnerable de la población.
- las garantías adicionales para impedir un impacto indebido sobre los interesados, incluidas:
  - la minimización de los datos (por ejemplo, limitaciones estrictas sobre la recopilación de datos o su eliminación inmediata tras su uso);
  - medidas técnicas y organizativas para garantizar que los datos no puedan utilizarse con el fin de adoptar medidas o emprender otras acciones en relación con las personas («separación funcional»);
  - uso extensivo de técnicas de anonimización, agregación de datos, tecnologías de protección de la intimidad, protección de la privacidad desde el diseño, evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad;



- aumento de la transparencia, derecho general e incondicional de exclusión voluntaria (“opt out”), portabilidad de los datos y medidas relacionadas para capacitar a los interesados.

En relación con estas garantías, y con la evaluación global del equilibrio, tres cuestiones desempeñan con frecuencia un papel crucial en el contexto del artículo 7, letra f), y, por tanto, requieren especial atención:

- la existencia o la posible necesidad de medidas adicionales para aumentar la transparencia y la responsabilidad;
- el derecho de oposición al tratamiento por parte del interesado, y más allá de la oposición, la posibilidad de exclusión voluntaria sin la necesidad de justificación; y
- el empoderamiento de los interesados: la portabilidad de los datos y la disponibilidad de mecanismos viables para que el interesado acceda, modifique, elimine, transfiera o de otro modo reutilice (o permita reutilizar a terceros) sus propios datos.

Las conclusiones recogidas en el citado Dictamen del Grupo del 29, si bien referidas a la Directiva 95/46, resultan siendo plenamente aplicables tras la entrada en vigor del RGPD, que no ha introducido importantes variaciones en la caracterización del interés legítimo del responsable o de terceros como base jurídica para el tratamiento de datos personales.

Partiendo de lo anterior, procede analizar, a continuación, el estudio realizado en el código de conducta sobre el interés legítimo del responsable o de terceros, los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados y las garantías aportadas, al objeto de apreciar la idoneidad de la ponderación realizada.

## **2.1. El interés legítimo del responsable o terceros.**

En primer lugar, procede analizar el interés legítimo invocado, teniendo en cuenta que, como señala el citado Dictamen 6/2014, la existencia de dicho interés legítimo en el tratamiento de determinados datos no significa que pueda, necesariamente, utilizar esta base jurídica ya que ello dependerá del resultado de la “prueba de sopesamiento”, avanzando que “si el interés perseguido por el responsable del tratamiento no es apremiante, es más

probable que el interés y los derechos del interesado prevalezcan sobre el interés legítimo —pero menos importante— del responsable del tratamiento. Del mismo modo, esto no significa que un interés menos apremiante del responsable del tratamiento no pueda prevalecer a veces sobre los intereses y derechos de los interesados: esto sucede normalmente cuando el impacto del tratamiento sobre los interesados es también menos importante”.

En el presente caso, el interés legítimo se identifica con la evaluación de riesgo de crédito y el análisis de solvencia, al amparo de “numerosísimos estudios teóricos” y “empíricos” (que no se aportan) que demuestran que el uso de información “positiva” potencia los efectos de la “negativa”, y que el intercambio de información positiva es la única que puede eliminar o reducir el riesgo de sobreendeudamiento. Por eso, considera que se trata de una herramienta idónea para que las entidades prestamistas puedan cumplir con su obligación de facilitar préstamo responsable, de acuerdo con el artículo 29.1. de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Asimismo cita, entre otra normativa favorable a la existencia de ficheros positivos en determinados ámbitos (como la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, la más reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

En definitiva, se identifica como interés legítimo la necesidad de que las entidades concedentes de crédito conozcan los datos de cumplimiento de obligaciones de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito para la reducción del riesgo asociado a las decisiones de crédito, así como el interés “general social consistente en la estabilidad y fortaleza del sistema financiero en su conjunto, que es esencial en una economía moderna”.

No obstante, como se señala en el informe de la Subdirección General RGPD, existiría una confusión entre la finalidad del tratamiento y el interés legítimo, ya que como recuerda el Dictamen 6/2014, “El concepto de «interés» está estrechamente relacionado con el concepto de «finalidad» mencionado en el artículo 6 de la Directiva, aunque se trata de conceptos diferentes. En términos de protección de datos, «finalidad» es la razón específica por la que se tratan los datos: el objetivo o la intención del tratamiento de los datos. Un interés, por otro lado, se refiere a una mayor implicación que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o al beneficio que el responsable del tratamiento obtenga —o que la sociedad pueda obtener— del tratamiento”.

Por otro lado, el interés legítimo se centraría en el de las terceras entidades concedentes de crédito, dirigido a cumplir con sus obligaciones de evaluación de la solvencia y también en su interés económico, derivado de un mayor conocimiento de sus clientes y la disminución del riesgo de las operaciones de crédito. Sin embargo, no se cita en ningún momento el interés legítimo propio del responsable, que sería el de obtener un beneficio económico, interés legítimo, sin duda, pero que no significa que prevalezca sobre la protección de datos de las personas, habiendo sentado nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), como doctrina de interés casacional, en la Sentencia núm. 815/2020, de 18 de junio (reiterada en las número 839/2020, 840/2020 y 853/2020, todas de 22 de junio de 2020) que “los intereses comerciales de una empresa responsable de un fichero de datos han de ceder ante el interés legítimo del titular de los datos en la protección de los mismos”.

Asimismo, llama la atención que al analizar el interés legítimo, se considere a las entidades concedentes de crédito como terceros, cuando, según se plantea en el Código, tienen una participación decisiva en el adecuado funcionamiento del fichero positivo, siendo quienes van a facilitar la información a incluir en el sistema y quienes deberán responder de la exactitud de la misma, tal y como se señala posteriormente en el artículo 17, en el que se considera un caso de corresponsabilidad del tratamiento del artículo 26 del RGPD.

Por otro lado, la invocación del interés general de la sociedad dirigido a la estabilidad del sistema financiero y relacionado con el “préstamo responsable” podría determinar la apreciación de un interés público general, en los términos que señala el citado Dictamen 6/2014:

Se trata del caso en el que el responsable del tratamiento, a veces instado por las autoridades públicas, persigue un interés que se corresponde con un interés público general o el interés de un tercero. Esto puede comprender situaciones en las que el responsable del tratamiento vaya más allá de sus obligaciones jurídicas específicas establecidas en las leyes y reglamentos para facilitar la aplicación de la legislación o para ayudar a las partes interesadas privadas en sus esfuerzos por combatir las actividades ilegales, tales como el blanqueo de dinero, la captación de menores o el intercambio ilegal de archivos en línea. En estas situaciones, no obstante, es especialmente importante garantizar que los límites del artículo 7, letra f), se respetan plenamente.

No obstante, el concepto de interés público, o el de interés general, que es más frecuentemente utilizado por nuestro texto constitucional, es un concepto jurídico indeterminado con una doble función: dar cobertura legitimadora a la actuación de la Administración y, por otra parte, constituye una de las formas de limitar las potestades administrativas. De este modo, el interés público que, como señala Parejo Alfonso, tiene una clara función directiva del desarrollo normativo (parlamentario o no) del orden constitucional, actúa como criterio delimitador de la actuación de los poderes públicos, por lo que debe, en primer término, ser identificado por el legislador, al objeto de identificar el ámbito en el que se va a desarrollar la actuación de la Administración, sometida al principio de legalidad y a la que le corresponde servir con objetividad a los intereses generales (artículo 103.CE) y, en todo caso, bajo el control de los tribunales, ya que como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1984, “No cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlada, frente a posibles abusos y a posteriori, por este Tribunal...”.

A este respecto, para que el interés público pueda ser invocado como base jurídica legitimadora del tratamiento, el artículo 6.3 del RGPD requiere que así esté establecido en el Derecho de la Unión o en el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, y el artículo 8 de la LOPDGDD, exige, en el caso de que se trate de una norma nacional, que la misma tenga rango de ley.

Por consiguiente, el interés público requiere, en primer lugar, su concreción por parte del legislador, tomando en consideración todos los intereses afectados, al objeto de determinar las restricciones que pueden sufrir

los intereses particulares como consecuencia de la presencia de dichos intereses generales.

A este respecto, en la normativa general sobre protección de datos de carácter personal, el legislador nacional no ha regulado los ficheros positivos como un supuesto de interés público (como ha hecho, por ejemplo, respecto de los tratamientos con fines de videovigilancia, los sistemas de exclusión publicitaria o los sistemas de información de denuncias internas en los artículos 22, 23 y 24 de la LOPDGDD).

Por otro lado, siendo el mercado crediticio un mercado regulado, sometido a una fuerte intervención administrativa, debe analizarse la normativa sectorial que lo regula, al objeto de apreciar los términos en que se pronuncia dicha regulación.

A este respecto, y frente a la argumentación contenida en el Código de Conducta, la normativa sectorial reguladora del crédito no ha legitimado, con carácter general, este tipo de ficheros, habiendo creado un órgano específico en el que se contienen los datos relativos al cumplimiento de determinadas obligaciones por los interesados, la Central de Información de Riesgos del Banco de España, que el artículo 59 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, configura como un servicio público, en el que las entidades declarantes a las que se refiere el artículo 60 (el Banco de España, las entidades de crédito españolas, las sucursales en España de las entidades de crédito extranjeras, las entidades de crédito que operen en régimen de libre prestación de servicios, el fondo de garantía de depósitos, las sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento, los establecimientos financieros de crédito, los prestamistas inmobiliarios y aquellas otras entidades que determine el Ministerio de Economía y Empresa, a propuesta del Banco de España) están obligadas a proporcionar los datos e informaciones sobre los riesgos de crédito con una triple finalidad: facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad; permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas.

Por consiguiente, los tratamientos de datos personales por la CIRBE se legitiman en las letras c) (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento) y 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) del artículo 6.1. del RGPD. A este respecto, hay que recordar que el artículo 6.2. prevé que los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del Reglamento con respecto al tratamiento legitimado en las dos letras mencionadas, fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, y que el artículo 6.3. añade que la base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del 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.

Precisamente, esas previsiones específicas son las que se contienen en los artículos 59 y siguientes de la Ley 44/2002, en los que se limitan las finalidades, los datos a suministrar, la necesidad de garantizar su exactitud y actualización, la necesidad de informar sobre la declaración obligatoria de datos al CIRBE, los usos y cesiones, las garantías de confidencialidad y secreto, los plazos de conservación, la supresión y bloqueo de los datos o el ejercicio de los derechos por los afectados, de los que se excluye el derecho de oposición, entre otras.

Dichas previsiones se desarrollan por la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros cuyo Preámbulo, invocado como favorable a la existencia de estos ficheros en el Código de Conducta, señala lo siguiente:

Por ello, las entidades de crédito, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, sobre acceso al «historial crediticio del cliente», antes de conceder un crédito



deben tener en cuenta que los ficheros de solvencia patrimonial y crédito facilitan información adicional a la de CIR. A fin de que esta información sea realmente útil para el análisis de la capacidad de pago de una persona, además de facilitar datos de los incumplimientos del cliente (ficheros negativos), debería contener datos de su endeudamiento (ficheros positivos).

No obstante, dicho párrafo se contenía ya en la redacción inicial de la Circular (esto es, en 2013), en un momento en que los ficheros positivos únicamente podían “tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento”, de acuerdo con el artículo 29.1. de la LOPD. Asimismo, debe valorarse que la misma se aprueba en un momento en el que el umbral para que los datos que también se declaran con la finalidad de facilitarlos a las entidades declarantes, se elevaba a 9.000 euros, actualizando en términos monetarios el umbral de 6.000 euros que se fijó en 1995. Por lo tanto, desde la perspectiva de la protección de datos personales, dicha afirmación debe valorarse en el momento actual, en el que se acaba de rebajar dicho umbral a los 1000 euros (apartados Tercero.1 y Cuarto.1 de la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, en su redacción dada por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio).

Por consiguiente, el legislador ha procedido a una regulación minuciosa de la CIRBE, al objeto de permitir un conocimiento adecuado de la situación de los afectados, lo que se garantiza, entre otras medidas relativas a la exactitud y actualización de los datos, con el establecimiento del carácter obligatorio de la declaración de las entidades al Banco de España. Por otro lado, dicha regulación debe completarse con sus normas de desarrollo, especialmente con la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, que tras la modificación operada por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolviente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha rebajado la obligación de declarar de 9.000 a 1.000 euros de riesgo acumulado en la entidad declarante, modificación que ha sido recogida en la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, tras su modificación por la Circular 1/2021, de 28 de enero, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de

servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Por otro lado, en relación con el préstamo responsable, se trata de un concepto que fue introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible:

Artículo 29. Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros.

1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo

y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.

## 2. (Derogado)

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.

Con posterioridad, la obligación de evaluar la solvencia del consumidor fue recogida en el artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo:

### Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

1. El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.

En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica.

2. Si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su

solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

Por último, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en cuya tramitación se omitió el preceptivo informe de esta Agencia, contiene una referencia explícita a los ficheros positivos, pero -y esto es importante- matizada por el hecho de que dicha posibilidad de acudir a entidades privadas de información crediticia lo será sólo “en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales”. Luego no admite ninguna consulta a entidades privadas si no es en los “términos, requisitos y garantías **previstas**” en dicha legislación de protección de datos personales, por lo que no se establecen en dichas leyes (ni en la 16/2011 ni en la ley 5/2019) los requisitos, bases, términos de dichas operaciones de tratamiento, remitiéndose a las normas de protección de datos personales para ello. Luego la posibilidad -que no obligación- que el art. 12.1, segundo párrafo, (a continuación) de que el prestamista comunique determinada información de los préstamos a entidades privadas será posible -es decir, lícita- tan sólo si se cumplen los requisitos *previstos* en el RGPD y demás normativa de protección de datos para estos tratamientos, sin admitir una suerte de existencia *autónoma* en derecho de estas entidades privadas de ficheros positivos no previstas expresamente por el RGPD o la LOPDGDD:

Artículo 12. Información relativa a la solvencia del potencial prestatario.

1. Los prestamistas e intermediarios de crédito y sus representantes designados especificarán de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y las pruebas, comprobables independientemente, que el potencial prestatario deberá facilitar, así como el marco temporal en que debe facilitar la información en cuestión. La información solicitada por el prestamista será proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia, con los límites establecidos en la normativa de protección de datos.

El prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de

protección de datos personales. En caso de que el prestamista conceda el préstamo, podrá comunicar los siguientes datos a las oficinas privadas de información crediticia: importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que estas alcanzan, así como cualquier otro que establezca la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa.

2. Los prestamistas e intermediarios de crédito y sus representantes designados deberán informar a los potenciales prestatarios de la necesidad de facilitar, en el plazo designado al efecto, la información correcta para responder a la solicitud de información contemplada en el apartado anterior, y que dicha información sea suficientemente completa y pertinente para poder llevar a cabo una evaluación adecuada de la solvencia.

3. El prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al prestatario que, cuando no sea posible llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el potencial prestatario haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el préstamo no podrá concederse.

Disposición adicional duodécima. Información en materia de contratos de crédito al consumo.

En los mismos términos que los indicados en el artículo 12 de la presente Ley y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de protección de datos personales, los prestamistas podrán consultar el historial crediticio del cliente o deudor y, en caso de conceder el crédito o préstamo, comunicar a las entidades privadas de información crediticia los datos que correspondan, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

A nivel reglamentario, la evaluación de la solvencia se regula, con carácter general, en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ya citado, recientemente modificado por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente que, como señala en su Preámbulo, “se establecen orientaciones para las entidades en el ámbito de la evaluación de la

solvencia, de manera que se asegure una estimación más prudente que asegure la suficiente capacidad de pago del cliente y evite el sobreendeudamiento”, sin incluir, como hemos visto, la consulta a ficheros positivos:

«Artículo 18. Evaluación de la solvencia en el préstamo responsable.

1. Las entidades, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

2. Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:

1.º Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en 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, en la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y su normativa de desarrollo.

3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta lo regulado en las letras a) y b) anteriores.

d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

e) En el caso de créditos a los que se refiere el artículo 33 bis se valorará, en particular, si el cliente dispone de capacidad económica suficiente para satisfacer sus obligaciones a lo largo de la vida de la operación sin incurrir en sobreendeudamiento. A tal fin, el importe anual de las cuotas a pagar por el crédito al que se refiere el artículo 33 bis tendrá por objetivo amortizar una cuantía mínima anual del 25 % del límite del crédito concedido. Para la valoración de la capacidad económica prevista en esta letra se utilizarán cuotas calculadas en doce plazos mensuales iguales con arreglo al sistema de amortización de

cuota constante, sin perjuicio de que contractualmente pueda pactarse cualquier otra forma de cálculo de las mismas.

Para ampliar el límite del crédito referido en el artículo 33 bis, la entidad deberá actualizar previamente la información financiera de que disponga sobre el cliente y evaluar nuevamente su solvencia con arreglo a lo previsto en este apartado.

3. En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

4. En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

5. En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.º del apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6. La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»

Por consiguiente, para la evaluación de la solvencia del deudor, deberá atenderse a los criterios contenidos en dicha normativa, que no prevén la consulta a ficheros positivos, con la única excepción -y eso con las matizaciones ya expuestas, en cuanto al cumplimiento de los requisitos, términos y garantías *previstas* por la normativa de protección de datos personales, lo que exige, entre otros requisitos, que los tratamientos se fundamenten en una base jurídica apropiada - de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, limitado, por lo tanto, a dicho ámbito y al del crédito al consumo, configurándose tanto la comunicación de los datos como la consulta a los ficheros con carácter potestativo, y siempre de acuerdo con la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Además, al amparo de lo previsto en la Ley 5/2019, quedaría excluida de dichos ficheros la información sobre crédito al consumo concedido a personas físicas que no actúen como consumidores (lo que excluye la financiación no hipotecaria concedida a autónomos y profesionales), así como sobre toda la financiación empresarial no hipotecaria en la que una persona física actúe como garante de una sociedad mercantil, un autónomo o un profesional, por lo que habría que tenerse en cuenta que dicha información sería solo parcial, por lo que no excluye la consulta a otras fuentes de información.

Además, en todos estos supuestos, debe partirse de que las diferentes consultas que han de realizar las distintas entidades no responden a un pretendido interés legítimo de las mismas, sino que vienen impuestas directamente por las leyes citadas, de modo que el tratamiento de los datos personales por las entidades de crédito no se fundamentaría en la letra f) del artículo 6.1. del RGPD, sino en la letra c) al ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal impuesta al responsable del tratamiento, debiendo en estos casos, y a tenor de lo previsto en los apartados 2 y 3 del propio artículo, atenderse estrictamente a las condiciones, límites y garantías que haya podido establecer el legislador para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Por consiguiente, en relación con el préstamo responsable, siendo el mercado crediticio un mercado regulado, sometido a una importante intervención administrativa, que se ha incrementado en los últimos años tras la crisis económica de 2007-2008, siendo en España el órgano regulador el Banco de España, habiéndose creado la CIRBE -desde 1962- como servicio público, en el que constan los riesgos superiores a 1000 euros, así como los ficheros negativos regulados en el artículo 20 de la LOPDGDD, cuya consulta es la que está prevista con carácter general, y previéndose, únicamente en relación con el crédito inmobiliario, los ficheros positivos de solvencia -con las

precisiones ya vistas-, los tratamientos de datos personales basados en la existencia del interés público derivados de la necesidad de garantizar el préstamo responsable deberán limitarse a los previstos en la normativa citada, en la que el legislador ha tomado en consideración la importancia del enjuiciamiento de la solvencia del individuo a partir del cumplimiento e incumplimiento de sus obligaciones dinerarias en la estabilidad del sistema financiero, limitando por razones de política legislativa los datos que deben ser consultados.

En este punto hay que tener en cuenta que una mayor información podría, en opinión del código de conducta estudiado, facilitar una mejor evaluación de la solvencia del deudor y la posibilidad de ajustar a la misma las condiciones del préstamo, e incluso facilitar la financiación, pero al mismo tiempo puede suponer la exclusión de aquellas personas que, por tener una menor capacidad económica o por otros motivos, carezcan de un historial crediticio o lo tengan limitado, por ejemplo, a créditos de baja cuantía, limitando su acceso a bienes y servicios. Adviértase, como ya citamos anteriormente, lo que exponía el Grupo del 29 en su Documento sobre listas negras, “En cualquier caso, este tipo de ficheros se ha mencionado aquí ya que conviene tener en cuenta que aunque esta tipología de ficheros comunes relativos a historiales positivos no persiguen la finalidad de estigmatizar a un grupo de personas, objetivo de los ficheros de «listas negras», lo cierto es que su generalización conduciría al mismo resultado a través de una discriminación positiva (quien está en la lista es bueno, quien no está es malo o, al menos, sospechoso)”.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 2006 (Asunto C-238/05) y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 25 de septiembre de 2007, citadas en el código de conducta, se centraban en un posible supuesto de restricción de la competencia al amparo del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sin entrar a analizar las cuestiones relativas a la protección de datos de carácter personal, tal y como expresamente reconoce el TJUE, y si bien reconoce que los mismos pueden mejorar “en principio” la oferta de crédito, no les reconoce su carácter beneficioso de un modo absoluto, **sino que lo circunscribe a las circunstancias concurrentes en el mercado** y en la configuración del propio fichero:

54 Por consiguiente, según resulta del apartado 49 de la presente sentencia, la compatibilidad de un sistema de intercambio de

información, como el Registro, con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas en los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y de participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados -pues estos pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o detallados, históricos o actuales-, la periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación.

55 Tal como se ha indicado en el apartado 47 de la presente sentencia, registros como el controvertido en el procedimiento principal, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, pueden, en principio, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito. En efecto, tal como indicó sustancialmente el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá necesariamente incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de incumplimiento, con la consecuencia de que estos últimos habrán de soportar entonces un coste más elevado que si las referidas entidades estuvieran en condiciones de evaluar con mayor precisión la probabilidad de devolución de los créditos. En principio, registro como el mencionado anteriormente pueden atenuar tal tendencia.

56 Por otro lado, tales registros, al disminuir la importancia de la información que las entidades financieras poseen sobre sus propios clientes, pueden incrementar, en principio, la movilidad de los consumidores de crédito. Por lo demás, tales registros son idóneos para facilitar la entrada de nuevos competidores en el mercado.

57 No obstante, el que en el caso de autos exista o no una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81 CE ( RCL 1999, 1205 ter), apartado 1, depende del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el Registro y, en particular, de las condiciones económicas del mercado, así como de las características propias de dicho Registro.

58 A este respecto, en primer lugar, procede señalar que, cuando la oferta en un mercado se encuentra fuertemente concentrada, el intercambio de determinada información puede permitir, en función sobre todo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola. En cambio, cuando la oferta se encuentra atomizada, la difusión y el intercambio de información entre competidores pueden ser neutros, o incluso positivos, para el carácter competitivo del mercado (en este sentido, véase la sentencia Thyssen Stahl/Comisión, antes citada, apartados 84 y 86). En el caso de autos, según resulta del apartado 10 de la presente sentencia, consta que el órgano jurisdiccional remitente ha planteado su petición de decisión prejudicial "en un escenario de mercado atomizado", extremo que a él corresponde verificar.

59 En segundo lugar, para que registros como el controvertido en el litigio principal no puedan desvelar la posición en el mercado ni la estrategia comercial de los competidores, es importante que no se revele la identidad de los acreedores, ni directa ni indirectamente. En el caso presente, del auto de remisión se desprende que el Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a ASNEF-EQUIFAX, y ésta aceptó, la condición de que la información relativa a los acreedores contenida en el Registro no pudiera divulgarse.

60 En tercer lugar, también es importante que tales registros no (sic) sean accesibles a todos los agentes económicos activos en el sector pertinente de un modo que, tanto de hecho como de Derecho, no resulte discriminatorio. En efecto, en caso de no garantizarse tal accesibilidad, algunos operadores se verían desfavorecidos, puesto que dispondrían de menos información para evaluar el riesgo asumido, lo que tampoco facilitaría la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado.

61 De lo anterior se deduce que, siempre que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que el sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras no sean discriminatorias, un sistema de intercambio de información como el Registro no tendrá por



efecto, en principio, una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81 CE ( RCL 1999, 1205 ter) , apartado 1.

62 En efecto, aunque en las mencionadas condiciones tales sistemas puedan reducir la incertidumbre en cuanto al riesgo de incumplimiento por parte de los solicitantes de créditos, no pueden disminuir la incertidumbre en cuanto a los riesgos en relación con la competencia. Así, cada agente económico normalmente actuará de manera independiente y autónoma a la hora de adoptar un determinado comportamiento, teniendo en cuenta los riesgos que presenten dichos solicitantes. Contrariamente a lo que alega AUSBANC, de la mera existencia de tal intercambio de información no puede inferirse automáticamente que éste conducirá a un eventual comportamiento colectivo contrario a la competencia, como, por ejemplo, el boicoteo de determinados prestatarios potenciales.

63 Por lo demás, tal y como el Abogado General ha señalado sustancialmente en el punto 56 de sus conclusiones, dado que las eventuales cuestiones relativas al aspecto sensible de los datos de carácter personal no se rigen, en cuanto tales, por el Derecho sobre la competencia, pueden ser resueltas basándose en las disposiciones pertinentes en materia de protección e tales datos. En los autos del litigio principal consta que, en virtud de las normas aplicables al Registro, los consumidores interesados tienen derecho, según la legislación española, a verificar los datos que les afectan y, en su caso, a hacer que se corrijan o incluso que se eliminen.

Y en este sentido, el Tribunal Supremo concluía que

Particularmente, resultan significativos y precisos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expuestos en la sentencia de 23 de noviembre de 2006 (TJCE 2006, 342), sobre la naturaleza y caracterización del Registro de Información de Crédito controvertido, que, aunque implica una forma de cooperación entre competidores, al facilitar el intercambio de información disponible sobre la solvencia de los petitionarios de créditos, que incide en la actividad crediticia, no tiene como finalidad esencial impedir, restringir o falsear la competencia en el contexto de un marco concreto de mercado atomizado, no oligopolístico ni excesivamente concentrado, porque no obstaculiza que los operadores del sector financiero determinen de manera autónoma e independiente sus políticas de concesión de

créditos, al no permitir desvelar las estrategias comerciales, y promueve una mejora de la oferta de crédito, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, mejorando el funcionamiento del sistema económico -como ya había reconocido el Banco de España en su Informe de 1 de octubre de 1998, al estimar que no sólo beneficia a las Entidades prestatarias, sino que colabora a fomentar la solvencia general del sistema crediticio, un bien público que recibe la tutela del Estado-, beneficia a los consumidores de créditos al minorarse el coste del crédito para todos, incrementar la movilidad para obtener mejores condiciones crediticias, y contribuir a evitar situaciones de endeudamiento excesivo de los particulares y las familias.

Este fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que es plenamente aplicable a la resolución de los recursos de casación que examinamos, evidencia que la Sala de instancia interpretó inadecuadamente el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591) y el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ( RCL 1999, 1205 ter), al entender que el Registro de Información de Crédito autorizado constituía una práctica restrictiva de la competencia a la luz de la doctrina del propio Tribunal de Justicia, expuesta en su sentencia de 28 de mayo de 1997 , que debió aplicarse con las modulaciones exigibles, atendiendo a las diferencias de estructura, composición y naturaleza de los mercados relevantes afectados y al distinto objeto del intercambio de información entre competidores contemplados.

No obstante, como decíamos anteriormente, hay que tener en cuenta que dicha sentencia se dicta atendiendo, exclusivamente, a la normativa sobre defensa de la competencia, dejando a salvo la normativa de protección de datos, que, como igualmente hemos visto, ha venido exigiendo el consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos en ficheros positivos. Y que dicha sentencia se dicta en un momento, tal y como expresamente se reconocía por el Tribunal Supremo al plantear la cuestión prejudicial y al resolver sobre el asunto, en que existía "un escenario de mercado atomizado", circunstancia que se ha visto afectada como consecuencia de la profunda crisis económica iniciada en los años 2007 y 2008. En este sentido, un reciente estudio publicado por Business Insider el 4 de diciembre de 2020, destaca cómo la banca española es la que más se ha concentrado en Europa desde 2008, habiéndose pasado en el sector bancario de 62 entidades a solo 10, y que tras las fusiones entre CaixaBank y Bankia y entre Unicaja y Liberbank, los 5 mayores bancos de España pasen a controlar el 71,5% del mercado, muy por encima de la media europea de concentración

del sector, que se sitúa en el 53%. Y el Banco de España, en un estudio publicado en el año 2018 en la revista “Estabilidad Financiera” con el título “Concentración y competencia bancaria en España: el impacto de la crisis y la reestructuración”, tomando como base los datos de 2016, ya alertaba sobre los efectos que sobre el nivel de competencia podía producir la concentración de mercado si bien aseguraba que el nivel en dicho momento de concentración se mantiene por debajo de los umbrales a partir de los cuales un mercado se considera excesivamente concentrado.

Por otro lado, en relación con la situación en Europa, no puede afirmarse que se trate, ni mucho menos, de una situación uniforme y, ni siquiera, que la mayoría de los países tengan el mismo criterio, hoy en día, respecto a los ficheros positivos. Así se recogía ya en la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2015 (COM (2015) 630 final) sobre el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas:

En virtud de la Directiva sobre préstamos al consumo y la Directiva sobre créditos hipotecarios, los acreedores tienen derecho a consultar las bases de datos de crédito de otros Estados miembros sin discriminación alguna para evaluar la solvencia de sus posibles clientes. Sin embargo, las empresas siguen teniendo problemas cuando intentan utilizar estos datos, ya que las técnicas utilizadas para su recopilación, distribución y uso todavía son muy distintas en la UE, y existen distintos criterios respecto a los datos que son pertinentes para las evaluaciones de solvencia. Algunos registros de crédito, por ejemplo, únicamente utilizan informes negativos, mientras que otras bases de datos también contienen datos positivos. Esto implica que el acceso y el uso de estos datos pueden resultar complejos y que muchas empresas pueden tener dificultades para prestar servicios transfronterizos de forma rentable. La Asociación de Proveedores de Información sobre Créditos al Consumo (ACCIS) 72 ha introducido acuerdos privados para intercambiar datos sobre créditos transfronterizos, pero actualmente solo conectan los registros de créditos de un número reducido de Estados miembros. Al mismo tiempo, los registros privados de créditos a menudo recopilan más datos de los necesarios para evaluar la solvencia, o datos de dudosa pertinencia para dichos fines.

A medida que el sector de los servicios financieros se digitaliza, las compañías de seguros y otras empresas de servicios financieros utilizan

las modernas tecnologías de la información y el análisis de macrodatos para ofrecer productos de seguros cada vez más adaptados al cliente, con precios personalizados basados en el riesgo, que utilizan métodos de seguimiento intensivo de la información, como dispositivos telemáticos. El incremento del uso de los datos ofrece grandes oportunidades para reducir los precios para muchos clientes, pero estas prácticas también plantean objeciones en cuanto a la privacidad y la protección de los datos, que deben tenerse en cuenta.

Los consumidores también desean beneficiarse de la mayor disponibilidad de los datos cuando alegan un historial positivo de reclamaciones o una calificación favorable de «bonus/malus». Actualmente, la Directiva sobre seguros de automóvil establece que los titulares de pólizas tienen derecho a solicitar a la compañía de seguros en cualquier momento una declaración de sus solicitudes de indemnización de los últimos cinco años, pero en la práctica, esto no se traduce en una reducción de la prima al contratar un nuevo seguro. Entre las razones por las que existen distintos métodos para calcular los descuentos se encuentran los diferentes períodos que abarcan dichas declaraciones, la falta de confianza en las declaraciones no armonizadas que entregan las compañías de seguros y las diferencias en los factores de riesgo que tienen en cuenta al calcular las primas.

Y la Comunicación de la Comisión de 23 de marzo de 2017 (COM (2017) 139 final) sobre el Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada señala lo siguiente:

### **3.2. Facilitar el crédito transfronterizo**

Un requisito clave para la concesión de créditos al consumo con arreglo al Derecho de la Unión es la evaluación de la solvencia, que protege tanto al prestamista como al prestatario. Esa evaluación es también una medida preventiva eficaz frente al sobreendeudamiento. Sin embargo, los proveedores de crédito tienen dificultades a la hora de evaluar la solvencia de los prestatarios procedentes de otros Estados miembros, debido a la escasa disponibilidad y comparabilidad de datos pertinentes de otros países.

La información recibida de las autoridades nacionales de protección de los consumidores y a través de quejas ha puesto de relieve que estas evaluaciones en el ámbito del crédito al consumo se efectúan de formas muy diferentes en los distintos Estados miembros. La normalización y

armonización de la evaluación de la solvencia facilitaría la actividad de préstamo transfronteriza, lo que podría redundar en precios más bajos y una oferta más variada a disposición de los consumidores. Además, evitaría que los consumidores vulnerables cayeran en la «trampa del endeudamiento» y garantizaría que aquellos que adquirieran créditos en otros Estados miembros estuvieran tan protegidos como si los adquirieran en su propio país.

Al evaluar una solicitud de crédito, los prestamistas suelen basarse en diferentes fuentes de datos internas y externas, entre ellas los datos de los registros de crédito. Los proveedores de crédito que respondieron al Libro Verde insistieron en que no pueden ofrecer servicios transfronterizos, ya que no tienen acceso a los datos pertinentes de otros Estados miembros. Esto dificulta más la evaluación de la solvencia de los prestatarios. La normalización de los datos crediticios podría facilitar la prestación de servicios de crédito en línea a escala paneuropea. La evolución en el ámbito de la tecnología financiera y los macrodatos ha llevado al uso de nuevos elementos y fuentes de datos que han de evaluarse atentamente desde la óptica del cumplimiento de la legislación de la UE sobre protección de los datos personales, así como de su pertinencia para determinar la calificación de un prestatario o la forma de fijar los precios de los servicios financieros.

Disponer de sistemas de información crediticia eficaces puede suponer que los proveedores de crédito tengan acceso a información que complementa los datos recibidos de los propios prestatarios, de modo que puedan adoptarse decisiones en materia de crédito sólidamente fundadas (especialmente si estas se basan en evaluaciones de la solvencia normalizadas, como se ha señalado más arriba), lo que se traduciría en mayor disponibilidad de crédito para los prestatarios solventes. Tanto la Directiva sobre crédito hipotecario como la Directiva sobre crédito al consumo ya otorgan a los acreedores igualdad de acceso a los registros de crédito de otros Estados miembros. Sin embargo, la información facilitada varía: en algunos Estados miembros, los registros de crédito solo informan sobre los pagos no efectuados (esto es, se da información negativa); en otros, se informa también del cumplimiento regular de los pagos (esto es, se da información positiva). Por otra parte, los datos crediticios se suelen compartir solo si hay reciprocidad. En consecuencia, los registros de crédito no son interoperables, la pertinencia de los datos disponibles para la evaluación de la solvencia no está clara, y la información no se utiliza en general de forma transfronteriza.

Están ya actualmente en curso trabajos dirigidos a solucionar estos extremos. Bajo el impulso del mercado, existen acuerdos recíprocos de

intercambio de información entre los registros de crédito nacionales de diferentes Estados miembros en los que las prácticas de información nacionales habituales son similares. No obstante, esto está lejos de colmar las lagunas existentes. Se estima que el trabajo del Banco Central Europeo sobre AnaCredit, una nueva serie de datos que contiene información detallada sobre los préstamos bancarios individuales en la zona del euro dará lugar a una mayor normalización de los datos relativos a los préstamos. En el contexto del Plan de Acción para la UMC, la Comisión estudia cómo lograr que los prestamistas e inversores (alternativos) tengan a disposición más información financiera y crediticia sobre las pequeñas y medianas empresas. Esto les permitiría conocer mejor el perfil de riesgo de las pymes que buscan financiación, y adoptar decisiones fundadas.

### **Acción 9**

**La Comisión procurará establecer principios y normas comunes sobre la evaluación de la solvencia a efectos de los préstamos a los consumidores y trabajará para establecer una serie de datos mínimos que deban intercambiarse los registros de crédito cuando dichas evaluaciones tengan alcance transfronterizo.**

Por otro lado, teniendo en cuenta que el límite para declarar obligatoriamente a la CIRBE se ha reducido a 1000 euros, lo que da lugar a que en la misma se recojan la mayoría de los créditos al consumo y tarjetas de crédito que antes quedaban excluidos si no alcanzaban el importe de 9000 euros, la información complementaria que podría aportar un nuevo fichero sería prácticamente residual, limitada a los créditos inferiores a 1000 euros o los otorgados por entidades no financieras no incluidas entre las obligadas a declarar en la CIRBE, y que voluntariamente se adhirieron al sistema, lo que requeriría analizar si el establecimiento de sistemas resulta idóneo y necesario para la consecución de la finalidad perseguida.

Por consiguiente, para la evaluación de la solvencia de los prestatarios existen en España dos instrumentos regulados legalmente, los ficheros negativos y la CIRBE. Por ello, no se produce la situación que se planteaba el Abogado General y a la que hace referencia el apartado 55 de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 2006 anteriormente transcrita, referida a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, puesto que dicha información ya la proporcionan la CIRBE y los ficheros negativos. Por lo tanto, los ficheros positivos privados únicamente servirían, en su caso, para facilitar información adicional mediante una mayor injerencia en el derecho fundamental a la



protección de datos, lo que requiere analizar la proporcionalidad de la misma, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6).”

Y, en el presente caso, a juicio de esta Agencia, no concurre ni el requisito de la necesidad, en cuanto que existen otras medidas más moderadas para la consecución de la finalidad perseguida con igual eficacia, como son la CIRBE y los ficheros negativos, ni el de proporcionalidad en sentido estricto, ya que la información adicional que facilitarían los ficheros positivos sería residual, respecto a la facilitada por los anteriores, mientras que supondría una injerencia mucho mayor en los derechos e intereses de los afectados.

Este aspecto de la necesidad es especialmente destacado en el Dictamen 6/2014 del Grupo del 29:

Finalmente, el tratamiento de datos personales debe ser también «necesario para la satisfacción del interés legítimo» perseguido por el responsable del tratamiento o, en el caso de revelación de los datos, por la tercera parte. Esta condición complementa el requisito de necesidad en virtud del artículo 6 y exige una relación entre el tratamiento y el interés perseguido. Este requisito de «necesidad» se aplica a todas las situaciones mencionadas en el artículo 7, letras b) a f), pero es

especialmente pertinente en el caso de la letra f) con el fin de garantizar que el tratamiento de los datos basado en el interés legítimo no dé lugar a una interpretación indebidamente amplia de la necesidad de tratar los datos. Como en otros casos, esto significa que deberá considerarse si se dispone de otros medios menos invasivos para servir al mismo fin.

Además, según destaca la doctrina científica, la prevención del sobreendeudamiento privado no puede descansar exclusivamente sobre un sistema de información crediticia, sino que también son necesarios cambios en la regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial cliente y en las consecuencias de su incumplimiento en el terreno contractual.

Asimismo, como ya se adelantaba, puede producir el efecto de excluir a determinadas personas del mercado crediticio, con las implicaciones que conlleva a nivel económico y social, por lo que deben valorarse adecuadamente dichas implicaciones y compaginarse con la regulación de la “segunda oportunidad”, algo en lo que también incide dicha doctrina.

Partiendo de lo anterior, la valoración de todas las circunstancias señaladas (las disparidades de criterios entre Estados miembros, la evolución en el mercado a partir de la crisis de 2007, la evolución legislativa que ha incrementado el ámbito de la CIRBE al tiempo que reconoce los ficheros positivos solo en ámbitos concretos pero en todo caso sometidos a los requisitos términos y garantías previstos en la legislación de protección de datos, previendo asimismo otras fuentes a efectos de cumplir con la obligación legal de evaluar la solvencia) y de la incidencia que puedan tener los ficheros positivos en la estabilidad del sistema financiero y en la economía nacional excede, claramente, de las competencias de esta Agencia.

No obstante, para en su caso poder apreciar que, efectivamente, y tal y como se postula en el código de conducta, existe un interés público que contribuya a reforzar la ponderación del interés legítimo, esta Agencia considera **imprescindible** que el legislador, europeo o nacional, así lo reconozca con carácter general, procediendo a una regulación detallada de los mismos (como ocurre en otros países, pudiendo citar, por paradigmática, la Fair Credit Reporting Act de 26 de octubre de 1970, que regula en EEUU la actividad de los bureau de crédito, que tratan tanto datos positivos como negativos, y en la que se determinan los datos que pueden recopilar, quiénes pueden acceder a los mismos y las garantías necesarias para salvaguardar la

privacidad de los ciudadanos, o, en el propio caso español, el artículo 20 de la LOPDGDD respecto a los ficheros negativos).

Por último, hay que tener en cuenta que estos ficheros positivos, cuya finalidad está dirigida a la evaluación de la solvencia del deudor no sirven, en sí mismos y directamente, para la prevención del fraude, no siendo aplicable la previsión del Considerando 47 del RGPD, como lo pone de manifiesto que el propio código no haga referencia a ello entre los intereses legítimos perseguidos ni se tenga en cuenta en la ponderación, aunque posteriormente pretenda incluir esta finalidad en el “Modelo de cláusula de información para el tratamiento de datos relativos al cumplimiento de obligaciones (datos positivos) en sistemas de información crediticia” que contiene en su Anexo IV A).

## **2.2. Intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados.**

En cuanto a los intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados, y a diferencia de la extensa justificación que se contiene respecto del interés legítimo del responsable o de los terceros, el código contiene un somero análisis en el que ni siquiera se valora, a diferencia de los ficheros negativos, la posibilidad de que los datos sean erróneos o no estén actualizados, limitándose a señalar lo siguiente:

Los intereses o derechos y libertades fundamentales de los interesados son además de los generales que requieren la protección de datos personales, el acceso al crédito justo y equitativo, de gran importancia en nuestros días y que facilita el acceso a bienes esenciales como la vivienda y a todo tipo de bienes y servicio de consumo y la ausencia de discriminación en el acceso al crédito.

Pero la intimidad personal y familiar no es un derecho fundamental particularmente afectado por el tratamiento de datos de solvencia “positivos”, ya que estos datos no se refieren al nivel de gasto del individuo, ni al tipo de gastos de consumo que realiza el interesado, ni a cuestiones como su renta o patrimonio, sino única y exclusivamente a su nivel de endeudamiento y a como se ha comportado en relación con los créditos anteriormente obtenidos, lo que es sumamente relevante para quienes accedan a dicha información, que deberían ser exclusivamente los concedentes de crédito.

En este punto, esta Agencia considera que el código procede a una interpretación muy restrictiva de los intereses, derechos y libertades de los interesados, en contra de lo indicado en el Dictamen 6/2014, que postula una interpretación en sentido amplio, debiendo tenerse en cuenta todos los intereses pertinentes del interesado:

Esta interpretación del texto tiene sentido no solo gramaticalmente, sino también teniendo en consideración la interpretación en sentido amplio del concepto de «interés legítimo» del responsable del tratamiento. Si el responsable del tratamiento —o el tercero en el caso de revelación— puede perseguir cualquier interés, siempre que no sea ilegítimo, entonces el interesado deberá también tener derecho a que se tengan en cuenta todas las categorías de intereses que le afecten y a que se ponderen en relación con los intereses del responsable del tratamiento, en tanto en cuanto estén comprendidos en el ámbito de la Directiva.

En un momento de creciente desequilibrio en el «poder de la información», cuando tanto los gobiernos como las organizaciones empresariales manejan cantidades de datos personales sin precedentes hasta ahora, y se encuentran cada vez más en una posición de compilar perfiles detallados que puedan predecir el comportamiento (reforzando el desequilibrio informativo y reduciendo la autonomía), resulta especialmente importante garantizar que se protege el derecho de las personas a preservar su privacidad y su autonomía.

Asimismo, el citado Dictamen indica que deberá atenderse no solo a las consecuencias positivas, sino también a las negativas, reales o potenciales, respecto de las cuales ninguna referencia se hace en el código:

Al evaluar el impacto del tratamiento, deberán tenerse en consideración las consecuencias tanto positivas como negativas. Estas podrán comprender futuras acciones o decisiones potenciales llevadas a cabo o tomadas por terceros, y situaciones en las que el tratamiento pueda dar lugar a la exclusión de personas o a su discriminación, difamación, o más en general, a situaciones en la que haya riesgo de daño a la reputación, al poder de negociación o a la autonomía del interesado.

Además de los resultados adversos que puedan preverse de manera específica, también deben tenerse en consideración las repercusiones emocionales más generales, como el enfado, el miedo y la angustia que

puedan derivarse de la pérdida de control sobre la información personal por parte del interesado o del conocimiento de que dicha información personal ha sido o pueda ser mal utilizada o se vea comprometida, por ejemplo, mediante su exposición en Internet. El efecto amedrentador sobre el comportamiento protegido, como la libertad de investigación o la libertad de expresión, que pueda resultar de una supervisión o un seguimiento continuo también deberá tenerse en cuenta.

El Grupo de trabajo pone de manifiesto que es crucial entender que «impacto» pertinente es un concepto mucho más amplio que daño o perjuicio a uno o más interesados en concreto. El término «impacto» tal como se utiliza en este Dictamen cubre cualquier posible consecuencia (potencial o real) del tratamiento de datos. En aras de la claridad, también subrayamos que el concepto no está relacionado con la noción de violación de los datos personales y es mucho más amplio que las repercusiones que puedan derivarse de dicha violación. Por el contrario, la noción de impacto, tal como se utiliza aquí, engloba las diversas maneras en las que un individuo pueda verse afectado, positiva o negativamente, por el tratamiento de sus datos personales.

También es importante entender que, por lo general, una serie de situaciones relacionadas y no relacionadas pueden dar lugar acumulativamente a un impacto último negativo sobre el interesado y puede ser difícil identificar qué actividad de tratamiento por parte de qué responsable del tratamiento desempeñó un papel clave en el impacto negativo.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta la diferencia de régimen jurídico entre las previsiones de la LOPD y del RGPD respecto del tratamiento del interés legítimo en relación con los afectados, tal y como se señala en el Informe 136/2018:

El art. 6.1 letra f) del RGPD establece que el tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones, y entre ellas cita el interés legítimo, sobre cuya aplicación al caso presente versa la consulta. Al respecto hay que decir que el régimen del interés legítimo como causa de legitimación del tratamiento de datos personales se regula de manera diferente en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y en el RGPD. En la LOPD la base esencial de legitimación del tratamiento era el consentimiento inequívoco del afectado (art. 6.1). No era sin embargo preciso dicho consentimiento cuando (entre otras circunstancias) los datos figuraban en “fuentes accesibles al público” y su tratamiento era

necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que “no se vulneren” los derechos y libertades fundamentales del interesado. En el RGPD, para la existencia del interés legítimo como base jurídica del tratamiento, no se requiere (i) que los datos figuren en fuentes accesibles al público, (ii) ni tampoco se establece para la legitimidad de dicha causa el que “no se vulneren” los derechos y libertades fundamentales del interesado, sino que se habrá de realizar una ponderación para determinar la prevalencia entre el interés legítimo alegado y los “intereses, o los derechos y libertades fundamentales” del interesado que requieran la protección de datos personales (art. 6.1 f) RGPD).

Ello pone de manifiesto el canon que habrá de seguirse en la determinación de dicha prevalencia. En primer lugar, el régimen de protección del interesado en el RGPD frente al responsable del tratamiento que pretende utilizar sus datos personales en base a un interés legítimo es más intenso en el RGPD que en la LOPD, puesto que si en esta última, para permitir el interés legítimo bastaba con que no se “vulnerasen” sus derechos o libertades, en el régimen del RGPD basta con que sus intereses, derechos o libertades prevalezcan sobre dicho interés legítimo. Adviértase que se añade la palabra intereses, frente a la vulneración de los derechos o libertades necesarios anteriormente en la LOPD. Y que no es necesaria ninguna vulneración, sino que un que basta con que sus intereses, derechos o libertades se vean afectados, siquiera sea levemente, siempre que dicho interés prevalezca sobre el interés legítimo alegado.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, al analizar los límites del derecho a la intimidad, ha admitido que los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, aunque pueden ceder frente a otros derechos o bienes jurídicos protegidos, singularmente en relación con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (STC 110/1984 de 26 de noviembre, STC de 23 de junio de 1986, STC 76/1990 de 26 de abril). Por ello, no se comparte el criterio de que no se afecta, particularmente, a la intimidad personal y familiar, en la medida en que la información relativa al cumplimiento de las obligaciones y al nivel de endeudamiento afecta a la esfera privada de los mismos, aunque no se reflejen en el registro el tipo de gastos, debiendo tenerse en cuenta, además, que el artículo 1 del Anexo II contempla que los datos relativos al cumplimiento (positivos) y al incumplimiento (negativos) podrán tratarse conjuntamente en el mismo sistema de información crediticia y que, según su artículo 4, podrán elaborarse y facilitarse perfiles sobre solvencia

patrimonial y crédito de los interesados y que como señalaba el Grupo del 29 en el citado Dictamen 6/2014, “Es probable que dicha actividad de elaboración de perfiles represente una intrusión importante en la privacidad del cliente y, cuando esto suceda, los intereses y derechos del interesado prevalecerán sobre el interés del responsable del tratamiento”, criterio que es reiterado en las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679:

6. Artículo 6, apartado 1, letra f) - Necesario para los intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero

La elaboración de perfiles se permite si es necesaria para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero. No obstante, el artículo 6, apartado 1, letra f), no se aplica automáticamente solo porque el responsable del tratamiento o el tercero tenga un interés legítimo. El responsable del tratamiento debe realizar una ponderación para evaluar si sobre sus intereses prevalecen los intereses y los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Los siguientes aspectos son especialmente pertinentes:

- el nivel de detalle del perfil (un interesado cuyo perfil corresponde a un grupo ampliamente descrito como «gente interesada en la literatura inglesa», o segmentado y abordado a un nivel muy específico);
- la exhaustividad del perfil (si el perfil describe únicamente un pequeño aspecto del interesado, o presenta una visión más exhaustiva);
- las consecuencias de la elaboración del perfil (los efectos sobre el interesado); y
- la garantías destinadas a garantizar la lealtad, la no discriminación y la precisión del proceso de elaboración de perfiles.

Aunque el Dictamen sobre intereses legítimos del GT2920 se basa en el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos (la Directiva), este incluye ejemplos que siguen siendo útiles y pertinentes para los responsables del tratamiento que llevan a cabo la elaboración de perfiles. Asimismo, sugiere que resultaría difícil para los responsables del tratamiento justificar la utilización de intereses legítimos como base jurídica para prácticas intrusivas de elaboración de perfiles y seguimiento con fines de mercadotecnia o publicidad, por ejemplo aquellas que suponen el seguimiento de personas en distintos sitios web, ubicaciones, dispositivos, servicios o mediación de datos.



Asimismo, el responsable del tratamiento debe tener en cuenta la futura utilización o combinación de perfiles a la hora de evaluar la validez del tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra f).

El mayor riesgo que supone la realización de dichos perfiles es, igualmente, destacado por el artículo 28.2. de la LOPDGDD, que incluye entre los supuestos que pueden producir un mayor riesgo:

d) Cuando el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos.

Asimismo, hay que valorar que, respecto de determinados afectados, esa incidencia será aún mayor ya que puede suponer la exclusión de aquellas personas con una menor capacidad económica o que no acuden generalmente al crédito, limitando su acceso a bienes y servicios. Además, como recordaba el Grupo del 29 en su Documento sobre listas negras, “En cualquier caso, este tipo de ficheros se ha mencionado aquí ya que conviene tener en cuenta que aunque esta tipología de ficheros comunes relativos a historiales positivos no persiguen la finalidad de estigmatizar a un grupo de personas, objetivo de los ficheros de «listas negras», lo cierto es que su generalización conduciría al mismo resultado a través de una discriminación positiva (quien está en la lista es bueno, quien no está es malo o, al menos, sospechoso)”.

Tampoco se comparte que los riesgos de estos ficheros positivos para los intereses, derechos o libertades de los afectados no sean significativamente mayores que los que solo contienen información negativa, por varias razones.

En primer lugar, porque compartir una mayor información puede dar lugar a reticencias por parte de las entidades financieras de mayor tamaño, reacias a compartir información sobre sus clientes con otros competidores, de modo que no se dispondría de la información de aquellas entidades financieras que decidieran voluntariamente no comunicar sus operaciones. De este modo, un sistema basado en la voluntariedad y en la reciprocidad requeriría, para su

eficacia, que participen en él el mayor número de prestamistas, puesto que en otro caso, no cumpliría con su finalidad de permitir evaluar la solvencia, ni los datos que figuraran en el mismo podrían considerarse exactos ni actualizados, pudiendo dar lugar a la elaboración de perfiles erróneos o sesgados de las personas.

Precisamente, un punto en el que coincide la doctrina científica que ha estudiado los ficheros positivos es que las grandes entidades, en un sistema concentrado, serían reacias a compartir voluntariamente sus datos para evitar la pérdida de clientes y porque los rendimientos que obtendrían por el aumento de competencia y captación de nuevos clientes son inferiores a las rentas que perciben por el uso exclusivo de la información de su base de datos.

En segundo lugar, se incrementaría enormemente el número de ciudadanos que se incluirían en dichos ficheros, ya que no solo se referiría a los que han incumplido sus obligaciones, sino a todos los que han obtenido un crédito. Asimismo, se incrementa la información que figura en los ficheros relativa a una misma persona. Estos ficheros recogen el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, número de préstamos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. De este modo, si bien no recogen el concepto del gasto realizado con los fondos obtenidos a través del préstamo, informándose únicamente del nivel de endeudamiento, son muy variados los datos que se suelen incluir en estos ficheros: saldos de cuenta, saldos de crédito, número de consultas, las ratios de deuda, los pagos a tiempo, límites de crédito, tipo de cuenta, tipo de préstamo, institución de crédito, tasas de interés y los datos de los registros públicos, informes detallados sobre los activos y pasivos, garantías y avales, vencimiento de la deuda estructurada, el calendario de amortización, los registros de empleo, etc., hasta el punto que, como señalaba la Comisión Europea, en ocasiones se recogen datos excesivos en relación con la finalidad perseguida. Y a diferencia de los ficheros negativos, se comparte información de todos los deudores, con independencia de que hayan incumplido o no sus obligaciones.

De este modo, cuantos más datos se compartan, mayor será la incidencia en los intereses, derechos y libertades de los interesados derivada de la mera existencia del tratamiento, y también mayores serán los riesgos para la privacidad que puedan derivar del mal uso de dichos datos o de la existencia de una brecha de seguridad. A este respecto, hay que tener en cuenta que dichos ficheros comparten una mayor información que los ficheros negativos, ya que los mismos pretenderían reflejar la totalidad del historial crediticio del deudor, ofreciendo mayor información sobre su solvencia

económica, por lo que debe considerarse de alto riesgo, en la medida que es mucho mayor el riesgo para los interesados de lo que sería un tratamiento de ficheros negativos, siendo la información contenida en los mismos de mayor interés para hackers y otros delincuentes.

Por otro lado, también deberían haberse valorado otras circunstancias, a las que no se hace referencia en el código ni se justifican de manera alguna, como sería el número posible de ficheros existentes o el carácter transversal o sectorial de los mismos, al objeto de valorar adecuadamente los posibles impactos en los intereses, derechos y libertades de los afectados.

### **2.3. Resultado de la ponderación.**

En cuanto al resultado de la ponderación, el código considera que debe resolverse a favor de los intereses de los responsables del tratamiento y de los terceros concedentes de crédito, partiendo de unos postulados que, como se ha analizado detenidamente en los apartados anteriores, no se comparten por esta Agencia, ya que la apreciación de la existencia de un “interés general nacional” requiere que el legislador se pronuncie, expresamente, en ese sentido, y mientras no lo haga, debe considerarse como principal interés legítimo perseguido con el tratamiento de datos personales el beneficio comercial, tanto para los responsables del tratamiento, como para los terceros, ya que la evaluación de la solvencia es una obligación legal que podrán cumplir a través de los diferentes supuestos que contempla la normativa, sin que sea necesario consultar los ficheros, por lo que dicha consulta lo que permitiría es un mayor conocimiento de sus clientes, que reduciría los riesgos asumidos y beneficiaría a su cuenta de resultados, al disminuir los créditos fallidos y las dotaciones correspondientes.

Por otro lado, la afeción a los intereses, derechos y libertades de los afectados puede ser muy intensa, sin que pueda aceptarse la existencia de una expectativa razonable por el mero hecho de existir la CIRBE, ya que la realidad es, que a día de hoy, los únicos ficheros positivos privados que existen solo tratan datos de aquellos que lo han consentido, sin que se encuentren generalizados, ni mucho menos, los mismos, tal y como pone de manifiesto las continuas reivindicaciones del sector y de parte de la doctrina al respecto. Por otra parte, en el CIRBE existe un límite inferior establecido normativamente al importe de los créditos que pueden reflejarse en el mismo (en estos momentos

1.000 euros), circunstancia esta inexistente, precisamente por falta de regulación alguna, en los ficheros positivos privados, por lo que la incidencia de estos en los intereses, derechos y libertades de los interesados es potencialmente mucho mayor que la proveniente del CIRBE.

Tampoco se ha tenido en cuenta la distinta situación en la que se encuentran las entidades que facilitan la información al fichero y los afectados, a la que también hace referencia el Dictamen 6/2014:

Una empresa multinacional puede, por ejemplo, tener más recursos y poder de negociación que el interesado individual y, por tanto, puede encontrarse en una mejor posición para imponer al interesado lo que cree que corresponde a su «interés legítimo». Esto puede producirse con más razón si la empresa tiene una posición dominante en el mercado. Si estas situaciones no se corrigen, irán en perjuicio de los interesados individuales. Así como la legislación sobre competencia y protección de los consumidores ayuda a garantizar que no se utilice indebidamente este poder, la legislación sobre protección de datos también podría desempeñar un importante papel para asegurar que los derechos y los intereses de los afectados no se vean indebidamente perjudicados.

Y sin que tampoco exista, tal y como se ha detallado, un criterio homogéneo al respecto en los países de nuestro entorno. Esta falta de criterio homogéneo se recoge en el propio código de conducta, ya que en los ejemplos que cita se puede apreciar que en cada país se hace de una manera. Así, atendiendo a lo manifestado en el mismo, la mayoría de los países cuentan con normas legales, ya sea en la normativa de protección de datos personales o en leyes específicas, que regulan las agencias de información crediticia, estableciendo especialidades respecto a los tipos de datos que pueden tratar (que en los supuestos de Suecia y Noruega se limitarían a los datos de fuentes públicas y de bases de datos del gobierno) e, incluso, estableciendo la obligación de las entidades de crédito de participar en sistemas de información crediticia (supuesto de los Países Bajos).

#### **2.4. Medidas a adoptar para minimizar el riesgo para los intereses o derechos y libertades fundamentales de los interesados.**

Cuando la base jurídica de legitimación del tratamiento de datos personales se pretende fundar en el interés legítimo, las garantías específicas a adoptar adquieren una especial relevancia al objeto de poder apreciar la prevalencia del mismo respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, tal y como recuerda el Dictamen 6/2014:

El interés legítimo del responsable del tratamiento, cuando es menor y no muy apremiante, en general, solo anula los intereses y los derechos de los interesados en casos en los que el impacto sobre estos derechos e intereses sea incluso más trivial. Por otro lado, un interés legítimo importante y apremiante puede, en algunos casos y sujeto a garantías y medidas, justificar incluso una intrusión significativa en la privacidad o cualquier otra repercusión importante en los intereses o derechos de los interesados.

Aquí es importante destacar el papel especial que las garantías pueden desempeñar para reducir un impacto indebido sobre los interesados y, por tanto, para cambiar el equilibrio de derechos e intereses hasta el punto de que prevalezca el interés legítimo del responsable del tratamiento de datos. Por supuesto, el uso de garantías exclusivamente no es suficiente para justificar cualquier tipo de tratamiento en cualquier contexto. Además, las garantías en cuestión deben ser adecuadas y suficientes, y deben, incuestionable y significativamente, reducir la repercusión para los interesados.

No obstante, tal y como se señalará posteriormente, se trata de garantías que no pueden valorarse en abstracto, ya que las medidas a adoptar deberán ajustarse a un riguroso análisis de los riesgos que el tratamiento implica para los derechos y libertades de los afectados, a través de los instrumentos previstos en el RGPD. Además, las garantías a adoptar en virtud del principio de responsabilidad proactiva no excluyen del cumplimiento del resto de principios contenidos en el artículo 5 del RGPD.

En el presente caso, al no haberse valorado adecuadamente la incidencia que tiene el tratamiento en los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, tampoco se han podido identificar con precisión las garantías adecuadas tendentes a minimizar la misma. En este punto, si bien como señala el Dictamen 6/2014 la evaluación de impacto no se refiere ni al “análisis de riesgos” ni a la Evaluación de impacto relativa a la protección de datos” en el sentido del RGPD “deberá tenerse en cuenta que, de un modo u otro, el análisis de impacto en virtud del artículo 7, letra f), puede ser

una parte importante de cualquier «evaluación de riesgos» o «evaluación de impacto relativa a la protección de datos» y puede también ayudar a detectar situaciones en las que se deba consultar a la autoridad de protección de datos”, e incluso la misma podrá ser conveniente para realizar la ponderación:

Al evaluar el impacto, la terminología y la metodología de la evaluación de riesgos tradicional pueden ser útiles en cierta medida y, por tanto, algunos elementos de esta metodología se destacan a continuación. No obstante, una metodología global de la evaluación del impacto, en el contexto del artículo 7, letra f), o más en general, excedería el ámbito del presente Dictamen.

En la evaluación del impacto en un sentido más amplio se puede considerar el hecho de si los datos se han revelado al público o se han puesto de otra manera a disposición de un gran número de personas, o si una gran cantidad de datos personales se tratan o combinan con otros datos (por ejemplo, en el caso de la elaboración de perfiles, con fines mercantiles, con fines de cumplimiento de la ley u otros).

Además de dar lugar, potencialmente, al tratamiento de datos más sensibles, dicho análisis puede llevar también a predicciones extrañas, inesperadas y a veces inexactas, por ejemplo, relativas al comportamiento o la personalidad de las personas afectadas. Dependiendo de la naturaleza y del impacto de dichas predicciones, esto puede resultar altamente intrusivo en la intimidad de la persona.

En general, cuanto más negativo e incierto pueda ser el impacto del tratamiento, más improbable es que el tratamiento se considere, en conjunto, legítimo. La disponibilidad de métodos alternativos para conseguir los objetivos perseguidos por el responsable del tratamiento, con menos impacto negativo sobre el interesado, debería ser, sin duda, una consideración pertinente en este contexto. Cuando proceda, las evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad pueden utilizarse para determinar si existe esta posibilidad.

Por otro lado, el principio de responsabilidad proactiva en el que se basa toda la normativa actual de protección de datos hubiera exigido una adecuada documentación de todas las actuaciones anteriores, a la que ya hacía referencia, incluso con anterioridad a su exigencia generalizada y en relación con el interés legítimo, el Dictamen 6/2014:

En primer lugar, antes de que tenga lugar una operación de tratamiento basada en el artículo 7, letra f), el responsable del tratamiento tiene la responsabilidad de evaluar si tiene un interés legítimo, si el tratamiento es necesario para dicho interés legítimo y si dicho interés prevalece sobre los intereses y los derechos de los afectados en ese caso específico.

En este sentido, el artículo 7, letra f), se basa en el principio de responsabilidad. El responsable del tratamiento debe llevar a cabo un examen cuidadoso y eficaz de antemano, basado en los hechos específicos del caso y no de manera abstracta, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados. Como cuestión de buena práctica, cuando así proceda, la realización de este examen deberá documentarse de manera suficientemente detallada y transparente, para que la aplicación correcta y completa del examen pueda ser verificada, cuando sea necesario, por las partes interesadas pertinentes, incluidos los interesados y las autoridades de protección de datos y, en última instancia, por los tribunales.

El responsable del tratamiento definirá, en primer lugar, el interés legítimo y efectuará la prueba de sopesamiento, pero esta no será necesariamente la evaluación final y definitiva: **si el interés considerado no es, en realidad, el especificado por el responsable del tratamiento** o si este no definió el interés con suficiente detalle, el equilibrio deberá volver a ponderarse, **basándose en el interés real, que será determinado bien por la autoridad de protección de datos bien por un tribunal**. Al igual que en otros aspectos clave de la protección de datos, como la identificación del responsable del tratamiento de datos o la especificación de la finalidad, lo que importa es la realidad que haya detrás de cada afirmación hecha por el responsable del tratamiento.

En relación con el principio de responsabilidad proactiva, esta Agencia viene destacando que, como indica la Exposición de motivos de la Ley 3/2018 “la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan”.



Así, el artículo 24.1 del Reglamento General de Protección de Datos dispone que “Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario”.

Esta previsión se completa con lo señalado en el considerando 75 del Reglamento, según el cual “Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados”.

Cuando, en virtud de dicho análisis de riesgos, “sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales”, en los términos previstos en el artículo 35 del RGPD.

En los supuestos en que la Evaluación de Impacto relativa a la Protección de Datos muestre que el tratamiento sigue teniendo un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados aún tras aplicar las garantías, medidas de seguridad y mecanismos de protección razonables en cuanto a técnica disponible y costes de aplicación, el responsable del tratamiento deberá formular la consulta previa a la que se refiere el artículo 36 del RGPD.

En este contexto normativo se inscribe el artículo 28 de la LOPDGDD, cuando -bajo el título “Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento”, prevé que:

“1. Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento.

2. Para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse en los siguientes supuestos:

a) Cuando el tratamiento pudiera generar situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados.

b) Cuando el tratamiento pudiese privar a los afectados de sus derechos y libertades o pudiera impedirles el ejercicio del control sobre sus datos personales.

c) Cuando se produjese el tratamiento no meramente incidental o accesorio de las categorías especiales de datos a las que se refieren los artículos 9 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 y 9 y 10 de esta ley orgánica o de los datos relacionados con la comisión de infracciones administrativas.

d) Cuando el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos.

e) Cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad.

f) Cuando se produzca un tratamiento masivo que implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales.

g) Cuando los datos personales fuesen a ser objeto de transferencia, con carácter habitual, a terceros Estados u organizaciones internacionales respecto de los que no se hubiese declarado un nivel adecuado de protección.

h) Cualesquiera otros que a juicio del responsable o del encargado pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación.”

Asimismo, deberán tenerse en cuenta las “Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos” y la “Lista orientativa de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos”

publicados por la Agencia Española de Protección de Datos al amparo de lo previsto en el artículo 35.5 del RGPD.

En este punto, hay que tener en cuenta que, en principio, la obligación de realizar una EIPD recaería sobre el responsable del tratamiento, que es quien debe de adoptar y documentar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales, a través del oportuno análisis de riesgos, EIPD, etc., identificando las bases jurídicas que legitiman el tratamiento y adoptando todas las garantías necesarias de acuerdo con el principio de protección de datos por defecto y desde el diseño, siendo, por consiguiente todo incumplimiento de dicha normativa de su exclusiva responsabilidad.

Sin embargo, existen otros supuestos en los que dicha evaluación debe realizarse por otros sujetos distintos del responsable, como ocurre en el caso en que se procede por una norma jurídica a regular determinados tratamientos de datos personales, lo que requiere determinar previamente si la misma es conforme con la normativa de protección de datos personales, lo que ha determinado que esta Agencia, para poder emitir el preceptivo informe sobre dichas disposiciones jurídicas, cuando tienen una especial incidencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, venga sugiriendo en sus últimos informes que se proceda a un análisis pormenorizado y detallado de las implicaciones que la aprobación de la norma tiene para los derechos y libertades de los afectados, en los términos previstos en el RGPD. De este modo, dicho análisis permitirá identificar correctamente todas las medidas y garantías que deben adoptarse y su adecuada concreción en el texto normativo, circunstancia expresamente prevista en el artículo 35.10 del RGPD para los supuestos en que el tratamiento se legitime en las letras c) y e) del RGPD.

A juicio de esta Agencia, idéntico criterio debe aplicarse cuando se pretende, como ocurre en el presente caso, recoger en un código de conducta una “presunción” de prevalencia del interés legítimo del responsable o de terceros sobre los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, cuya autorización por parte de la autoridad de control implica el reconocimiento, como suficientes, de las garantías ofrecidas y va a determinar que la adhesión de responsables o encargados a un código de conducta aprobado pueda servir de elemento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable (artículo 24.2 del RGPD) o como elemento para demostrar la existencia de las garantías suficientes conforme al artículo 28 del RGPD.

En el presente caso, no se ha aportado ni un análisis de riesgos ni una evaluación de impacto, habiéndose realizado, meramente, un análisis en abstracto, en el que se potencian los efectos generales derivados del interés legítimo de responsables y terceros y se minimiza el impacto en los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados, estableciéndose, tal y como se señala en el informe de la Subdirección General RGD, una garantías excesivamente genéricas, que ni permiten considerar mitigados los efectos para los afectado ni resultan apropiadas para el contenido de un código de conducta, que debe aportar un valor añadido.

En efecto, se observa cómo esas garantías, básicamente, lo que hacen es recordar a los Sujetos Obligados la necesaria observancia de las obligaciones que ya vienen impuestas por la normativa sobre protección de datos personales, estableciéndose con carácter abstracto, sin responder a un riguroso análisis de los riesgos y estableciendo medidas específicas y concretas, adicionales a las previsiones generales, que permitan una adecuada gestión de dicho riesgo y suprimir, o reducir notoriamente, la incidencia que los tratamientos pueden tener en los afectados.

Por otro lado, uno de los principales riesgos que se observan por esta Agencia, relativo al carácter completo y veraz de la información que figure en los ficheros, es decir, la exactitud y actualización de los datos, que enlaza directamente con la idoneidad del tratamiento para conseguir la finalidad perseguida, difícilmente se puede mitigar a través de un sistema basado en la voluntariedad y en la reciprocidad, si no se acredita la participación de un alto porcentaje de entidades que representen la mayor parte del mercado crediticio.

Además, si al compartir la información positiva, el buen historial crediticio se convierte en un importante activo del deudor, debería garantizarse que en los mismos figura toda la información relativa a una persona, sin que se produzcan omisiones intencionadas o erróneas. En este sentido, el Grupo del Artículo 29 ya consideraba que estos registros podían dar lugar a una discriminación positiva, en el caso de que una persona no figure en los mismos. Asimismo, los errores pueden impedir el acceso al mercado crediticio. En estos supuestos, tanto si no figura en el registro de manera errónea o la información es parcial, podría producirse una valoración equivocada de la persona que podría, incluso, ocasionarle un perjuicio, por lo que podría apreciarse una intromisión en su derecho al honor, en términos análogos a los señalados por el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala de lo Civil 284/2009, de 24

de abril) que ha establecido como doctrina jurisprudencial que la inclusión de una persona en el llamado “registro de morosos”, erróneamente, sin que concurra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación, siendo intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de proyección pública. Añadiendo que “Si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3. de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982”.

De ahí la importancia de respetar los principios de la protección de datos personales, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13/2013, de 29 de enero:

“Descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12/2014 de 22 de enero señala que «... para enjuiciar la licitud de la conducta de la demandada, a efectos de decidir si la afectación al honor de los recurrentes es o no ilegítima (...) el criterio fundamental debe ser la normativa sobre protección de datos de carácter personal, puesto que si la entidad (...) ha respetado las exigencias de dicha normativa al incluir y mantener los datos de los demandantes en los referidos ficheros, no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes».

En el presente caso, el código no solo no contempla la posibilidad de omisiones, tal y como señalaba anteriormente, sino que tampoco establece medidas adecuadas para garantizar la autenticidad de los datos, limitándose a señalar que “los Sujetos Obligados establecerán operativas que permitan la rápida actualización de la información, de modo que esta se encuentre puesta

al día en todo momento”, lo que no supone ninguna garantía adicional sino la mera observancia de lo previsto en el RGPD. Además, destaca el carácter limitado con el que se trata el deber de informar a los afectados, estableciendo en el artículo 14 que serán los acreedores o quienes actúen por su cuenta o interés los que deberán cumplir con el deber de informar a los interesados “en el contrato o en el momento de recabar los datos” acerca de la aportación de datos a los sistemas de información crediticia. Por tanto, no prevé la comunicación a los afectados de su efectiva inclusión en el fichero, por parte de la entidad que mantenga el sistema de información crediticia, que es una de las garantías adicionales que se establecen para los ficheros negativos en el artículo 20.c) de la LOPDGDD, entendemos que por aplicación del artículo 14.5.a) del RGPD, al considerar que el interesado ya dispone de la información.

Sin embargo, esta Agencia considera dicha comunicación como una garantía necesaria a fin de evitar el tratamiento por los ficheros de datos erróneos o inexactos, incluidos los errores en los datos identificativos o los supuestos de posible usurpación que frecuentemente se han planteado en los ficheros negativos, facilitando, de este modo, el efectivo conocimiento por parte del interesado de la inclusión y la posibilidad de ejercer sus derechos. En este punto, como se viene indicando, no pueden considerarse menos lesivos los tratamientos de datos personales por los ficheros positivos, ya que si lo que se pretende es evitar el sobreendeudamiento, una inclusión errónea de deudas que no correspondan a una persona podría llegar a determinar la valoración de un endeudamiento excesivo y la denegación de un crédito, con el consecuente perjuicio, de manera análoga a lo que ocurre con los ficheros negativos.

Por otro lado, destaca la ausencia en el código de un análisis detallado del derecho de oposición, al que se limita a hacer referencia de manera conjunta con los derechos de rectificación y supresión. En este punto, hay que tener en cuenta que, uno de las garantías tradicionales, cuando se trata del interés legítimo y al objeto de poder apreciar la prevalencia del mismo, es la de garantizar, de una manera reforzada, el ejercicio del derecho de oposición o incluso, reconocer un derecho de exclusión voluntaria (opt-out). El Dictamen 6/2014, de 9 de abril, se refiere específicamente al derecho de oposición, señalando lo siguiente:

“¿Qué sucede si el interesado ejerce su derecho de oposición?

- Cuando únicamente se establece un derecho condicionado de exclusión voluntaria como garantía: en caso de que el interesado se



oponga al tratamiento, deberá garantizarse que existe un mecanismo adecuado y fácil de usar para evaluar de nuevo el equilibrio respecto de la persona afectada e interrumpir el tratamiento de sus datos si esta nueva evaluación demuestra que sus intereses prevalecen.

- Cuando se establece un derecho incondicional de exclusión voluntaria como garantía adicional: en caso de que el interesado se oponga al tratamiento, deberá garantizarse que se respeta su decisión, sin que se deba realizar otra evaluación o adoptar otra medida.”

En este mismo sentido, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en su Opinión 7/2015, Meeting the challenges of big data, considera como una buena práctica para acudir al interés legítimo el dar la opción de opt-out a los interesados:

Especialmente in borderline cases where the balance between the legitimate interests of the controller and the rights and interests of the data subjects are difficult to strike, a well-designed and workable mechanism for opt-out, while not necessarily providing data subjects with all the elements that would satisfy a valid consent under European data protection law, could play an important role in safeguarding the rights and interests of the individuals.

Por otro lado, en el Dictamen 6/2014, de 9 de abril, sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento, del Grupo del Artículo 29, al analizar las actividades de mercado como uno de los supuestos en que procedería considerar la posible concurrencia de un interés legítimo y al objeto de apreciar qué convierte a un interés en legítimo o ilegítimo, atiende a la intensidad del perfilado, se razona lo siguiente:

“Sirva como ejemplo: los responsables del tratamiento pueden tener un interés legítimo en conocer las preferencias de sus clientes de manera que esto les permita personalizar mejor sus ofertas y, en último término, ofrecer productos y servicios que respondan mejor a las necesidades y los deseos de sus clientes. A la luz de esto, el artículo 7, letra f), puede constituir un fundamento jurídico apropiado en algunos tipos de actividades de mercado, en línea y fuera de línea, siempre que se prevean las garantías adecuadas (incluido, entre otros, un mecanismo

viable que permita oponerse al tratamiento en virtud del artículo 14, letra b), (...).

Sin embargo, esto no quiere decir que los responsables del tratamiento puedan remitirse al artículo 7, letra f), como fundamento jurídico para supervisar de manera indebida las actividades en línea y fuera de línea de sus clientes, combinar enormes cantidades de datos sobre ellos, provenientes de diferentes fuentes, que fueran inicialmente recopilados en otros contextos y con fines diferentes, y crear —y, por ejemplo, con la intermediación de corredores de datos, también comerciar con ellos— perfiles complejos de las personalidades y preferencias de los clientes sin su conocimiento, sin un mecanismo viable de oposición, por no mencionar la ausencia de un consentimiento informado. Es probable que dicha actividad de elaboración de perfiles represente una intrusión importante en la privacidad del cliente y, cuando esto suceda, los intereses y derechos del interesado prevalecerán sobre el interés del responsable del tratamiento.”

En el presente caso, aun no tratándose, exclusivamente, de actividades de mercado, sí que se realizan perfiles para conocer mejor a los clientes y adecuar los productos a sus circunstancias personales. Sin embargo, no se dice nada respecto a dicho derecho de oposición, ni reforzándolo, ni justificando si podrá denegarse, o no, conforme al artículo 21 del RGPD.

De nuevo, en este caso, se pone de manifiesto la incidencia que tienen estos tratamientos con el interés público con el que se pretenden relacionar, ya que, de apreciarse el mismo, su consecución sería difícilmente compatible con el reconocimiento de un derecho de exclusión voluntario o una presunción favorable al ejercicio del derecho de oposición. Además, en los casos en que se estimara dicho derecho, lo que corresponde, según el código, a la entidad que haya facilitado los datos, podría resultar igualmente perjudicada la idoneidad de estos tratamientos y la exactitud de los datos, al permitir que la información relativa a determinadas personas respecto de todas o algunas de las entidades de las que son clientes, no figurara en los mismos.

Por último, en relación con los accesos al fichero, el código se limita a señalar que “los Sujetos obligados establecerán las medidas oportunas para que solo entidades que necesiten evaluar la solvencia puedan acceder a la información”, previsión que se debe poner en relación con lo señalado en su artículo 12, que pretendiendo una traslación casi literal del régimen de los

ficheros negativos contenidos en el artículo 20 de la LOPDGDD señala como regla a cumplir, en su letra e), “Que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario”.

Como puede observarse, se prevé el acceso mientras se mantenga una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria y siempre que sea necesario para evaluar la solvencia, lo que permitiría, tal y como está planteado, la consulta del fichero de todos aquellos que mantengan dicha relación al objeto de evaluar la solvencia y poderles ofrecer productos que no hubieran sido solicitados por los mismos, como puede ser un “préstamo preconcedido”, en cuyo caso, además de que no se estaría atendiendo al indicado interés de evitar el sobreendeudamiento sino a favorecer comercialmente a la entidad acreedora, debería garantizarse que la misma cuenta con el consentimiento del cliente para dicha consulta.

Esta cuestión se analizaba detenidamente en el Informe de esta Agencia 195/2017, emitido a solicitud de la Asociación Española de Banca:

La consulta se refiere, en segundo lugar al “tratamiento de datos con objeto de realizar un análisis de solvencia del clientes para una posterior financiación”.

La consulta bajo este supuesto se refiere realmente a dos tratamientos claramente diferenciados: aquél que llevaría a cabo la entidad para valorar la solvencia del cliente que solicitase concretamente un determinado producto de financiación para determinar el riesgo que pudiera generar el mismo y decidir sobre la conclusión o no del contrato, de aquél en que la evaluación del riesgo se lleva a cabo sin que el cliente haya solicitado producto de financiación alguno y que además sería empleado por la entidad para ofrecer al cliente ese producto o servicio no solicitado (por ejemplo, la “preconcesión” de un crédito que no ha sido solicitado por el cliente).

Ambos supuestos han de ser analizados de forma separada, dado que la intervención del cliente en el primero de ellos puede implicar que no sea preciso acudir a la previsión del artículo 7.1 f) del reglamento, a diferencia del segundo en que el tratamiento sólo podría basarse en el consentimiento del cliente o en la aplicación de la citada regla de ponderación.

En efecto, en los supuestos en los que la propia entidad financiera recabe los datos necesarios para enjuiciar la solvencia de quien, incluso siendo ya cliente de la misma, solicita la contratación de un producto que lleve aparejada una financiación, el tratamiento puede ampararse claramente en lo dispuesto en el artículo 6.1 b) del Reglamento general de protección de datos, en conexión con la propia normativa sectorial que resulte de aplicación e imponga el deber de recabar la información necesaria para la valoración del riesgo, como sucedería por ejemplo en relación con el acceso a los sistemas de información crediticia, expresamente previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio.

En este supuesto, el tratamiento puede considerarse “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”, dado que como bien señala la consulta existe un deber legal de verificación de la solvencia del cliente y la evaluación de su riesgo.

Sin embargo, la situación no es la misma en los supuestos en que el interesado no ha solicitado la contratación de ningún producto que implique financiación y es la propia entidad la que analiza su solvencia y riesgo atendiendo a determinados datos personales, con la finalidad, precisamente, de poner a su disposición esos productos o servicios financieros.

En este caso, la situación podría aparentemente no diferir de la mencionada en el apartado anterior de este informe, toda vez que se estaría procediendo al tratamiento de los datos con la finalidad de ofrecer a los clientes de la entidad un producto que podría ser considerado “similar” a los que el propio cliente mantiene contratados con la entidad.

En este sentido, y como punto de partida, ha de tenerse en cuenta que el primer límite para la determinación de la existencia de un interés legítimo prevalente en la entidad de crédito sería el que ya se ha delimitado, atendiendo al hecho de que los afectados sigan manteniendo una relación con la entidad y los productos o servicios sean similares a los contratados.

Sin embargo, frente al supuesto antes analizado, en que la realización de las acciones comerciales tenía, en principio, lugar sobre la información general facilitada por el cliente, de modo que no se producía su segmentación basada en la realización de un perfilado, en el supuesto ahora planteado, se plantea precisamente la realización de ese perfilado como tratamiento previo a la remisión de las comunicaciones comerciales. Ello implica la necesidad de analizar si dicho tratamiento adicional podría considerarse igualmente fundado en el interés legítimo prevalente de las entidades asociadas a la consultante.

Para ello deberá partirse nuevamente de la expectativa razonable que los clientes pudieran tener de que la contratación de un producto o servicio de dichas entidades implicará un seguimiento posterior de los mismos con el fin de determinar si pueden o no ser potenciales beneficiarios de otras ofertas de productos o servicios de la entidad. Al propio tiempo, será igualmente preciso analizar en qué modo puede considerarse en estos supuestos que se produce una intromisión en los derechos e intereses de los clientes que habría de prevalecer sobre el interés legítimo de las entidades.

La primera consecuencia de lo antedicho es que debería excluirse de la aplicación del artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos el supuesto en que la entidad acudiera para la realización del perfilado a fuentes distintas de las que se derivasen de la relación del cliente con la entidad. De este modo, a juicio de esta Agencia, cualquier perfilado de los clientes que se llevase a cabo como consecuencia de enriquecer los datos de que dispone la entidad en virtud de su relación con el cliente con información procedente de otras fuentes requeriría o bien la solicitud del producto o servicio por el interesado, conforme ya se ha indicado, o bien que el mismo preste su consentimiento para el tratamiento. Ello se funda en que la obligación de las entidades de obtener la información disponible sobre la solvencia y el nivel de riesgo de un cliente o potencial cliente puede fundarse en la solicitud por éste

del servicio, pero no en la decisión unilateral de la entidad de llevar a cabo ese perfilado.

Si los datos procediesen únicamente de la información de que dispusiera la entidad en relación con los productos o servicios contratados por el cliente, sin que la misma fuera completada con la originada en otras fuentes distintas, ciertamente la conducta de la entidad, consistente en la realización de un perfilado para la remisión de ofertas de productos o servicios a sus clientes, resultaría ser menos invasiva de los derechos e intereses de los clientes, pudiendo en este caso considerarse la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos.

Ahora bien, para que pueda llegarse a esta conclusión será imprescindible que las entidades diferencien claramente el tratamiento al que se está haciendo referencia del que ha sido analizado en el apartado anterior de este informe. Ello quiere decir que no podrá considerarse amparado en el artículo 6.1 f) un tratamiento de las características del ahora estudiado si en la información facilitada al interesado únicamente se indica que los datos serán tratados con la finalidad de remitir publicidad de otros productos y servicios de la entidad, dado que, con carácter previo a esa remisión, se estaría llevando a cabo otro tratamiento, consistente en la elaboración de perfiles a partir de la información de que dispusiera la entidad.

Del mismo modo, debería ser posible que el interesado pueda oponerse a este tratamiento aun cuando no se hubiera opuesto a recibir otro tipo de ofertas de la entidad.

Por todo ello, sería posible amparar en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos el tratamiento por parte de la entidad de la información de que disponga en relación con los productos y servicios contratados por sus clientes para evaluar su solvencia a efectos de ofrecerle nuevos productos que impliquen financiación, siempre que el cliente haya sido informado con la debida separación acerca de este tratamiento y tenga en todo caso la posibilidad de ejercer específicamente su derecho de oposición respecto del mismo.

### 3. Conclusión.

Por todo lo expuesto, este Gabinete Jurídico considera, al igual que ha hecho la Subdirección General de RGD, que **los tratamientos de datos personales por los responsables en los ficheros positivos no pueden ampararse en el interés legítimo del responsable o del tercero, al prevalecer los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados.**

Tal y como ya se ha indicado, el legislador nacional ni ha regulado los ficheros positivos como un supuesto de interés público (como ha hecho, por ejemplo, respecto de los tratamientos con fines de videovigilancia, los sistemas de exclusión publicitaria o los sistemas de información de denuncias internas en los artículos 22, 23 y 24 de la LOPDGDD), ni ha establecido una presunción, iuris tantum de prevalencia del interés legítimo, identificando los requisitos y las garantías adecuadas.

Y ante esa ausencia de regulación legal, lo que se pretende en el código de conducta es conseguir un efecto similar al artículo 20 de la LOPDGDD, estableciendo con carácter general una presunción de licitud que sea amparada por esta Agencia, obviando, tal y como se ha analizado en detalle, las importantes diferencias existentes entre unos ficheros y otros, atendiendo a la normativa vigente y la mayor complejidad e injerencia en los intereses, derechos y libertades de los afectados que implican los ficheros positivos.

Por otro lado, tal y como se viene señalando en el informe, la necesidad de concretar la contribución de estos ficheros, con carácter general, a la estabilidad del sistema financiero, así como la garantía de la participación del mayor número de entidades y, en su caso, la limitación del derecho de oposición, requeriría que así se estableciese por una norma con rango de ley, y que esta precise, asimismo, todas las garantías necesarias después de un análisis riguroso de los riesgos que los mismos implican. Asimismo, debería especificarse, claramente, si la posible existencia de dichos ficheros se limita a los de titularidad pública, como la CIRBE, o si se admite, igualmente, la



existencia de ficheros de titularidad privada con un alcance general, como los que se plantean en el código de conducta.

En este punto, en el caso de que se considerase imprescindible, por los órganos competentes, la consulta a dichos ficheros de titularidad privada como medio de garantizar la estabilidad del sistema financiero, y previa ponderación de todos los intereses implicados, debería regularse de manera precisa y detallada, además de la obligatoriedad de la comunicación de los créditos por las entidades concedentes, la información que se debe incorporar a los ficheros, las garantías para su exactitud, las condiciones en que sería accesible para otras entidades, las entidades que pueden acceder, los plazos de conservación, el ejercicio de los derechos de los afectados y cualesquiera otras garantías que se consideren adecuadas, al objeto de proteger adecuadamente el derecho fundamental a la protección de datos, siendo lo deseable que los correspondientes tratamientos se legitimaran sobre la base jurídica del cumplimiento de una obligación legal, al amparo del artículo 6.1.c) del RGPD.

**Y, en tanto no se proceda a la aprobación de la ley, aclarando dichas cuestiones, no puede considerarse prevalente el interés legítimo del responsable o de terceros respecto de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los afectados para legitimar el tratamiento de los datos personales por los responsables de los sistemas de información crediticia con datos relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito (ficheros de solvencia positivos).**

## **II.- INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL CON DATOS OBTENIDOS DE FUENTES PÚBLICAS O QUE EL INTERESADO HAYA HECHO MANIFIESTAMENTE PÚBLICOS.**

Al igual que ocurre respecto de los ficheros positivos, el informe emitido por la Subdirección General RGPD considera que este supuesto no se adecúa a lo dispuesto en el RGPD o en la LOPDGDD, enumerando una serie de razones que se sintetizan en las siguientes: se aprecia una confusión entre el interés del responsable y la finalidad del tratamiento, ya que el interés invocado no parece ser sino el de obtener un beneficio económico en tanto que la necesidad de que terceras entidades conozcan los datos de cumplimientos económicos constituiría la finalidad del tratamiento, añadiendo que, además, los datos pueden ser inexactos; apenas existe relación con los fines para los

que se recabaron y trataron los datos; no hay una expectativa razonable de los afectados para que se proceda a su tratamiento con una finalidad diferente; se pueden ver gravemente afectados los derechos e intereses de los afectados lo que exigiría la realización de una evaluación de impacto; en relación con el principio de exactitud de los datos, los responsables no disponen de medios legítimos para contrastar si la atribución a una persona de una deuda es exacta; se pueden ver incluidos datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, en cuyo caso se vulneraría el artículo 27 de la LOPDGDD; el tratamiento de datos que se realiza en el ejercicio de esta actividad produce un grave impacto en la vida de los afectados, sobre todo en los casos de inexactitud de los datos tratados; no se aprecia la prevalencia del interés legítimo del responsable sobre los derechos y libertades de los afectados.

Este Gabinete Jurídico comparte el criterio manifestado por la Subdirección General RGD, siendo igualmente aplicables, a este supuesto, las consideraciones realizadas respecto de los ficheros positivos en relación con el interés legítimo, los intereses, derechos y libertades fundamentales afectados y la correspondiente ponderación.

No obstante, en el presente caso, y al igual que ocurre en otros supuestos del código de conducta a los que posteriormente se hará referencia, existe un error sustancial al considerar prevalente el interés legítimo del responsable por el hecho de que los datos figuren en fuentes públicas o que se trate de datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos, desvinculándolos de la finalidad específica de dichos tratamientos, criterio que este Gabinete no comparte, por las razones que se exponen a continuación.

### **1.- Sobre la legitimidad para el tratamiento de los datos personales obtenidos de fuentes públicas o que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.**

El Código de Conducta considera lícito el tratamiento de datos personales con la finalidad de prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, en los términos que señala, siempre y cuando los datos hayan sido obtenidos:

o Las Fuentes públicas de uso en el sector referidas en el artículo 8 de este Código de Conducta. Estas fuentes son, a título de ejemplo:

los Boletines y diarios oficiales; los Tablones edictales de anuncios y notificaciones puestos en funcionamiento o utilizados por las administraciones públicas, que sean de público acceso; las ediciones físicas o digitales de medios de comunicación que sean publicaciones periódicas o sean publicados por empresas periodísticas, incluyendo los medios informativos exclusivamente electrónicos que se actualicen diariamente o sin periodicidad fija; las guías de abonados a servicios de comunicaciones electrónicas publicadas conforme a su legislación específica, tanto en su edición física como digital; las publicaciones físicas o electrónicas, incluyendo todo tipo de páginas web o resultados de buscadores de internet, en lo que respecta a personas físicas cuyos datos hayan sido incluidos por los propios interesados o a petición suya o con su consentimiento con la finalidad de publicitar servicios empresariales o profesionales; los registros públicos creados o gestionados por administraciones públicas o funcionarios públicos, que sean de público acceso, en concreto los documentos obtenidos de estos registros en base al principio de publicidad registral; los datos correspondientes al censo de electores de las Cámaras de Comercio o profesionales miembros de Colegios Profesionales en los que la colegiación sea requisito imprescindible para el ejercicio de la profesión; la información pública proveniente de la Dirección General del Catastro; y en general los datos obtenidos de organismos públicos y fuentes oficiales a través de procedimientos de reutilización de información del sector público, a nivel local autonómico y estatal.

o Datos que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos, al ser de aplicación a este supuesto el criterio del artículo 9.2 apartado e) del RGPD.

Como puede observarse, el Código no identifica, una vez más, cuáles son los datos que pueden ser objeto de tratamiento. Asimismo, recoge un concepto muy amplio de fuentes públicas, sin tener en cuenta la finalidad para la que hayan sido objeto de tratamiento dichos datos al incluirse en dichas fuentes públicas, y que, a juicio de los promotores del Código, resultaría irrelevante, tal y como se detalla por el solicitante al analizar el interés legítimo del responsable o de los terceros. En este sentido, el código de conducta señala lo siguiente (el subrayado es nuestro):

En el caso de los datos públicos, la ponderación entre el interés legítimo del responsable o de los terceros a quienes se comuniquen la información, de un lado, y los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado, de otro, debe resolverse a favor de

aquéllos, dada la relevancia de este interés legítimo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 (asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10) indica, en sus Considerandos 44 y 45, que cuando los datos figuran en fuentes accesibles al público, el responsable del tratamiento y, en su caso, el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos no acceden a datos relativos a la vida privada del interesado, dado que la información ya es de público conocimiento. Como consecuencia, hay un impacto menor en los derechos del interesado, lo que debe ser apreciado en su justo valor en la ponderación con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos. Lo mismo puede decirse en el caso de los datos hechos manifiestamente públicos por el interesado (artículo 9.2, e) RGPD).

Incluso en aquellas ocasiones en que los datos no hayan sido publicados con la finalidad de proporcionar información crediticia, el sector entiende que los Sujetos Obligados pueden recoger los datos desde dichas fuentes públicas con la finalidad de proporcionar información crediticia, ya que la ponderación del interés legítimo de los destinatarios de la información sigue siendo válida, y en todo caso, el interesado va a tener conocimiento del tratamiento de datos conforme a lo especificado en esta sección.

### **1.1. Antecedentes: las “fuentes accesibles al público”.**

Como es conocido, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, recogió el concepto de fuentes accesibles al público que ya se contenía en el artículo 1.3. del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, con el objeto de limitar los supuestos en que resultaría de aplicación el interés legítimo al que se refería el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE, como excepción al principio general del consentimiento, señalando en el artículo 6.2. que “No será preciso el consentimiento [...] cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado [...]”.

A estos efectos, se definían las fuentes accesibles al público, en el artículo 3.j) como “aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación”, considerando esta Agencia que dicha enumeración tenía carácter taxativo (Informe 2/2011).

No obstante, esta situación cambia a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011 (Caso Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), ya citada, que consideró el requisito de que los datos figuren en fuentes accesibles al público al objeto de poder apreciar el interés legítimo contrario a la directiva, declarando que “El artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, exige, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, no sólo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de éste, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes” y reconociendo a dicho artículo 7.f) efecto directo. En virtud de dicha sentencia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de febrero de 2012, anuló el artículo 10.2.b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (“Los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. No obstante, las Administraciones públicas sólo podrán comunicar al amparo de este apartado los datos recogidos de fuentes accesibles al público a responsables de ficheros de titularidad privada cuando se encuentren autorizadas para ello por una norma con rango de ley”).

No obstante dicha anulación, esta Agencia entendía que el concepto de fuentes accesibles al público subsistía, tal y como se razona en el informe 178/2012:

Por otra parte, es indudable que la Sentencia del tribunal Supremo ha anulado lo dispuesto en el artículo 10.2 b) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, pero ello no implica necesariamente que del marco establecido por las normas de protección de datos se haya desplazado de forma absoluta el concepto jurídico de fuentes accesibles al público.

En primer lugar, por cuanto dicho concepto, tanto en la redacción establecida por la Ley Orgánica 15/1999 como en la aclaración efectuada por el artículo 7 del Reglamento de desarrollo sigue encontrándose vigente, sin que dichas previsiones hayan sido objeto de valoración alguna por el Tribunal Supremo. Pero además, y en segundo término, no puede dudarse que el concepto de fuentes accesibles al público como criterio que permitirá efectuar la ponderación prevista por el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE ha sido expresamente reconocido por la tan citada sentencia de 24 de noviembre de 2011, cuyo apartado 44 señala que “en lo que respecta a la ponderación requerida por el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, cabe tomar en consideración el hecho de que la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público”, añadiendo en el apartado 45 que “En efecto, a diferencia de los tratamientos de datos que figuran en fuentes accesibles al público, los tratamientos de datos que figuran en fuentes no accesibles al público implican necesariamente que el responsable del tratamiento y, en su caso, el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos dispondrán en lo sucesivo de ciertas informaciones sobre la vida privada del interesado. Esta lesión, más grave, de los derechos del interesado consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe ser apreciada en su justo valor, contrapesándola con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos”.

Y en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2012, al referirse a la ponderación prevista en el artículo 7 f) de la Directiva señala lo siguiente:

“Ponderación de intereses en conflicto que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y en la que no obstante, sí puede tomarse en consideración, a efectos de determinar la posible lesión de los derechos fundamentales del afectado, el hecho de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público. Más ello, simplemente, como un elemento más de ponderación.

Es posible, en definitiva, y conforme a dicha Jurisprudencia comunitaria, que existan tratamientos de datos personales que no figuren en una de las que nuestra legislación interna denomina "fuentes de acceso público" (artículo 3.f) LOPD y artículo 7 RLOPD) pero que, sin embargo, no requieran el consentimiento de los titulares de tales datos porque su tratamiento sea necesario para satisfacer un interés legítimo del responsable de los mismos, o del cesionario, siempre que se respeten los derechos y libertades del interesado.”

De este modo, el efecto que produce la sentencia sobre las normas de protección de datos aplicable y sobre la interpretación de las mismas que ha de llevar a cabo esta Agencia supone que, en primer lugar, no cabrá considerar que un determinado tratamiento que no se encuentre en uno de los restantes supuestos de legitimación establecidos por el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 es contrario a dicho precepto sobre la simple base de que los datos no se encuentren recogidos en fuentes accesibles al público pero, en segundo lugar la legitimación de tal tratamiento no procederá en todos los supuestos, dado que siempre será imprescindible llevar a cabo una adecuada ponderación entre el interés legítimo perseguido por el responsable o el cesionario y los derechos de los afectados, y en particular su derecho a la protección de datos.

Por consiguiente, de acuerdo con la doctrina de esta Agencia, el hecho de que los datos figuraran en fuentes accesibles al público subsistía, si bien como un elemento más de la necesaria ponderación que debe realizarse por el responsable del tratamiento, atendiendo a la naturaleza de los datos y la fuente de la información, y siempre de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.



**No obstante, a partir de la plena aplicación del RGPD, no existe un concepto legal de fuente de acceso público**, tal y como señala el Informe 136/2018 de esta AEPD, que recuerda que “ya en la 10ª sesión anual se expuso que con el RGPD no puede hablarse de un concepto legal de fuente de acceso público como la existente con la anterior LOPD. El artículo 14.2 f) del RGPD tan sólo menciona dicho concepto para establecer la obligación del responsable del tratamiento de facilitar al interesado la información de si sus datos personales proceden de fuentes de acceso público, pero sin definir estas”.

**Por consiguiente, la circunstancia de que los datos obren en fuentes públicas puede ser considerada como uno de los elementos a valorar al realizar la correspondiente ponderación**, tal y como recuerda el Dictamen 6/2014 del grupo de trabajo del art. 29 sobre el concepto de interés legítimo, que cita como uno de los factores clave que deben considerarse al efectuar la “prueba de sopesamiento” el que los datos consten en fuentes accesibles al público o si los datos se han revelado al público o se han puesto de otra manera a disposición de un gran número de personas, **pero que deberá ponderarse con el resto de circunstancias concurrentes y que en ningún caso exime del cumplimiento del resto de principios de la normativa de protección de datos de carácter personal, tal y como se analiza a continuación.**

## **1.2. Limitaciones al uso posterior de los datos personales que se encuentran en fuentes pública.**

Aún tratándose de información recogida en fuentes públicas, esta Agencia ha venido considerando necesario respetar el principio de limitación de la finalidad, atendiendo a las razones concretas que ha determinado la publicación de la información, especialmente cuando dicha publicación se realiza en cumplimiento de una obligación legal o por razones de interés público, y por lo tanto independiente de la voluntad de los interesados.

En este sentido se pronuncia el citado informe 136/2018 de esta AEPD, relativo a la información publicada en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial:

Parece necesario en este momento determinar cuál es el origen de la publicación de los datos personales de los interesados en el boletín oficial de la propiedad industrial, y éste no puede ser otro que el establecimiento de una obligación legal determinada por la normativa de propiedad industrial para que los demás interesados en el otorgamiento o, concesión, denegación etc. del derecho de propiedad industrial puedan oponerse, si a su derecho conviene. Así resulta, por ejemplo, del artículo 18.3 de la ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que requiere que recibida la solicitud de la marca, la oficina española de patentes y marcas procederá a su publicación en el boletín oficial de la propiedad industrial, y obligatoriamente deberá incluir el nombre y la dirección del solicitante y el nombre y la dirección de representante, si lo hubiere. A continuación, el artículo 19 de la misma ley establece que una vez publicada la solicitud de la marca, cualquier persona que se considere perjudicada podrá oponerse al registro de la misma. Se trata, en definitiva, de una restricción al derecho fundamental a la protección de los datos personales del solicitante, y en su caso del representante, justificada por el hecho de que los terceros interesados en la marca puedan oponerse al registro de esta. Pero dicha publicación de los datos personales no depende de la voluntad del solicitante de la marca, o del representante, sino que viene impuesta por la ley, lo que no puede ser irrelevante a la hora de determinar la posibilidad de usos posteriores de dicha información.

Ello determina que, en el caso concreto sometido a consulta, y sin necesidad de establecer en este momento una teoría general que pueda entenderse aplicable a otros casos de publicidad en boletines, pues habrá que estar al caso concreto, la restricción o limitación a los datos personales del interesado vienen impuestas por la ley con un fin legítimo. Por ello, esta agencia considera que en el presente caso, frente al interés legítimo alegado por el consultante de querer utilizar los datos personales publicados en el BOPI para realizar promoción de sus actividades como agentes de la propiedad industrial ha de prevalecer el interés o el derecho fundamental a la protección de los datos personales del interesado, quien no ha hecho público voluntariamente dichos datos en el BOPI, sino que su publicación viene impuesta por la ley a los efectos establecidos en la misma, que son los de permitir a los terceros interesados oponerse a la solicitud o registro de la marca.

De hecho, la utilización de los datos personales cuya publicación es obligatoria por virtud de la ley en los boletines oficiales de la propiedad industrial se utilizarían para un fin distinto de aquél para el que se recogieron los datos inicialmente, por lo que para determinar si el tratamiento con dicho nuevo fin es compatible habría de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 6.4 RGPD, interpretado de conformidad

con el considerando (47) del RGPD, que establece para tal fin la existencia de una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente puesta al servicio del responsable. Pues bien, y como se ha comentado al principio, no existe en el presente caso ninguna relación entre el responsable y el interesado cuyos datos se han publicado en el BOPI, por lo que este último no puede prever de forma razonable, en el momento en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin, o lo que es lo mismo, tal y como señala dicho considerando 47, habrían de prevalecer los intereses y los derechos fundamentales del interesado sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Y en el presente caso, habida cuenta, como ya se ha expresado reiteradamente, que el tratamiento de los datos personales consistente en la publicación en los boletines oficiales de la propiedad industrial es obligatorio por ley, es independiente de la voluntad o consentimiento del interesado, al cual no puede negarse, cabe entender que prevalecen sus derechos y libertades e intereses sobre el interés legítimo del responsable. En consecuencia, en el presente caso no existiría un interés legítimo prevalente del responsable sobre los derechos del interesado que fuera causa legitimadora del tratamiento pretendido de datos personales.

Por otro lado, en relación con la publicación de la información al amparo de lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la propia ley ha limitado el uso posterior de la información que se publique o facilite al amparo de la misma, señalando en su artículo 15.5, aplicable igualmente al régimen de publicidad activa por la remisión que realiza el artículo 5.3, que “La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso”. Y al objeto de valorar el uso posterior de dicha información esta Agencia viene haciendo especial referencia a la finalidad perseguida por la Ley 19/2013 y que justifica la publicación o el acceso a la información, que es la de permitir a las personas conocer los mecanismos que intervienen en los procesos de toma de decisión por parte de los poderes públicos, así como la utilización que aquéllos hacen de los fondos presupuestarios, garantizándose así la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante un mejor conocimiento de la acción del Estado.

En este sentido, el Informe 155/2015 razonaba lo siguiente:

En este caso, la publicación derivaría de lo dispuesto en el artículo 8.1 c) de la Ley 19/2013, que impone la obligación de publicar “las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios”. Esta regla sólo se exceptuaría en caso de que la misma pudiera quedar limitada por lo establecido en el artículo 15 de la Ley, al que se remite el artículo 5.3; es decir, en los casos en los que debiera considerarse que la publicación no ha de tener lugar como consecuencia de la necesaria protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, lo que sucedería, como indica el artículo 5.3, en caso de que dicha información contuviera datos especialmente protegidos, de los regulados por el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999.

En el presente caso, la información no parece contener datos de dicha naturaleza, quedando limitada al nombre y documento nacional de identidad de la beneficiaria y siendo su concepto, según se indica “beca, transporte y conciliación”. De este modo, como punto de partida, no procedería la eliminación de los datos, siempre que la publicación a la que estamos haciendo referencia lo sea en cumplimiento de la Ley 19/2013, como se ha indicado al comienzo de este informe.

Cuestión distinta es que los datos publicados puedan ser accesibles a través de aplicaciones distintas del propio sitio web en que los mismos se encuentran. Especialmente relevante resulta en este punto que esa accesibilidad pueda verificarse a través de motores de búsqueda en Internet.

En este punto debería diferenciarse la finalidad que justifica la publicidad de los datos en el sitio web mencionado de la accesibilidad a través de otros sitios web, dado que mientras la primera tiene por objeto la garantía del objetivo de transparencia establecido en la Ley 19/2013, la segunda puede dar lugar a una finalidad distinta, como es, tal y como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 (Asunto Google Spain, Google Inc., v. AEPD y Costeja González) la elaboración de un perfil estructurado de la persona que incorpore toda la información referida a la misma que pudiera resultar accesible en Internet.

De este modo, el acceso a la información a través de esos terceros sitios ya no tendría por objeto permitir a las personas conocer los mecanismos

que intervienen en los procesos de toma de decisión por parte de los poderes públicos, así como la utilización que aquéllos hacen de los fondos presupuestarios, garantizándose así la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante un mejor conocimiento de la acción del Estado, si no conocer información referida al concreto beneficiario de la subvención obtenida.

Esta distinta finalidad justificaría que por las sedes electrónicas en que se publicase la información pudieran adoptarse medidas que evitasen la indexación de la misma por terceros, garantizando así que el acceso se efectúa con la finalidad de transparencia establecida en la Ley.

Así, a título de ejemplo, cabe indicar que en las distintas normas reguladoras de los tablones edictales electrónicos se han venido estableciendo reglas que garantizan que no haya lugar a la citada indexación. A título de ejemplo cabe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Orden INT/3022/2010, de 23 de noviembre, reguladora del Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico, que establece que “la Dirección General de Tráfico ofrecerá en la sede electrónica del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico un sistema de búsqueda avanzado que permitirá a los ciudadanos localizar si tienen edictos publicados en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico, así como su recuperación e impresión, tanto de los que se encuentren dentro del plazo de publicación como de aquellos en los que dicho plazo haya concluido. Dicho sistema de búsqueda avanzado contará con los mecanismos necesarios para evitar la indexación y recuperación automática de publicaciones a través de motores de búsqueda desde Internet”.

De este modo, siendo procedente la publicación de los datos, cabría plantearse la posibilidad de adoptar medidas que evitasen la indexación de la información por terceros a partir de los datos identificativos de los beneficiarios.

Asimismo, la necesidad de preservar el principio de “calidad del dato” en relación con la información publicada en cumplimiento de la Ley de Transparencia fue objeto de un exhaustivo análisis en el informe de esta AEPD 149/2017:

III

Pero en cualquier caso hay que poner de manifiesto que la ley de transparencia no prevé, una vez que se ha tenido acceso a la información solicitada, un régimen autónomo respecto de la difusión o comunicación de los datos personales contenidos en dicha información, sino que tanto para la información obtenida mediante la publicidad activa como respecto de la información obtenida mediante una solicitud de acceso a información pública, en ambos casos, el tratamiento posterior de los datos personales contenidos en dicha información se rige por la normativa de protección de datos personales (art. 5.3 y 15.5 ley 19/2013).

Hay que hacer aquí una precisión, y es que una cuestión es el tratamiento de “la información” obtenida mediante la publicidad activa o el derecho de acceso a información pública, cuando dicha información no contenga o no se transmitan datos personales, y otra cosa distinta, o no necesariamente idéntica, sería el tratamiento “de los datos personales” contenidos en la información a la que se tiene acceso. Es respecto de estos “datos personales” que rige la normativa de protección de datos contenida en la LOPD y su normativa de desarrollo, Reglamento, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD).

Pues bien, la difusión que, tal y como se infiere de la consulta, planea hacer el consultante de los datos personales contenidos en la resolución del concurso de méritos (al que ya por la mera publicación en los boletines ha tenido acceso), constituiría una cesión o comunicación de datos, definida en el artículo 3.i) LOPD como: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

La LOPD regula la cesión o comunicación de datos en su artículo 11, señalando, en su primer párrafo, que para dicha cesión o comunicación a un tercero se requerirá el previo consentimiento del interesado. Ahora bien, dicho consentimiento no será preciso, entre otros supuestos, “cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público”. Esta circunstancia tan sólo hace referencia a la “licitud” del tratamiento: esto es, a que exista consentimiento –u otra circunstancia establecida en la LOPD que permita al responsable del tratamiento prescindir del mismo-. Ello es tan sólo uno de los requisitos para entender que el

tratamiento (la cesión) de los datos es conforme a la legislación sobre protección de datos. En el presente caso, aun cuando hipotéticamente pudiera considerarse que nos encontramos ante datos recogidos de fuentes accesibles al público, no hay que obviar que el principio de calidad de los datos, regulados en el artículo 4 LOPD, se aplica igualmente a todo tratamiento de datos (lo que incluye la cesión o comunicación de datos). Así, para que un tratamiento de datos sea conforme a la normativa de protección de datos, es necesario no sólo que exista consentimiento, o se pueda prescindir de él en los casos previstos en la LOPD, sino además que los datos sometidos a tratamiento sean “adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Y tampoco podrán utilizarse con finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

El canon de interpretación hay que encontrarlo en la doctrina constitucional. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 2344/2016, de 2 el de noviembre de 2016, recurso 2538/2015, menciona:

Ahora bien, suscitado el debate en sede de proporcionalidad entre los derechos invocados en confrontación, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha venido perfilando ese juicio de proporcionalidad, declarando que el mismo requiere la concurrencia de tres requisitos o condiciones. De una parte, un juicio de idoneidad, referido a determinar si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. En segundo lugar, un juicio de necesidad, entendido en el sentido de que la finalidad perseguida con la medida resulta imprescindible para su legítima finalidad sin poder obtenerse por otros medios que eviten la lesión de otros derechos o sea una afección menos intensa Y en tercer lugar, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en cuanto la medida adoptada sea ponderada y equilibrada en cuanto se deriva de ella más beneficios para el fin perseguido que perjuicios en la afección de los derechos también protegidos (sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo , con abundante cita).

Pues bien, en el caso concreto hay que coincidir con lo expresado por la consejería en la resolución administrativa en que la finalidad del presente tratamiento mediante su publicación en el boletín oficial es exclusivamente la publicidad del procedimiento de provisión de puestos



de trabajo de estos funcionarios y la notificación a los mismos, en la manera establecida en la ley. La publicación de determinados datos personales de los funcionarios es obviamente una restricción importante al derecho que a los mismos les reconoce el art. 18.4 de la Constitución, restricción no obstante impuesta por la ley y que se justifica en virtud del principio de transparencia que sujeta a todos los poderes públicos. Sin embargo, lo pretendido por el consultante parece ser una suerte de publicidad añadida, una segunda publicidad mayor a la prevista en la ley, que supone una restricción aún mayor al derecho a la protección de los datos personales de los funcionarios concernidos. Nos encontraríamos pues ante una nueva restricción no querida por la ley (puesto que la ley tan sólo prevé “una” publicidad –una vez-. Es más, la publicación de sus datos en el boletín oficial, aunque querida por la ley, no desposee a los interesados de sus datos personales de suerte que pueda entenderse que ello permite una utilización posterior de dichos datos sin posibilidad de control alguno por sus titulares. El derecho fundamental a la protección de los datos personales se encuentra en el artículo 18.4 de la Constitución, -como se ha mencionado- y por lo tanto habrá que estar a la mayor efectividad de este derecho, al menos mientras no entre en conflicto con algún otro derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido, y no pueda cumplirse dicho interés de una forma menos lesiva para el derecho a la protección de datos. En el presente caso, habida cuenta de que la ley establece la publicidad que habrá de darse a dichos datos personales, una publicidad posterior con la misma finalidad (que es la que en definitiva parece pretender el consultante) sería un tratamiento excesivo y no pertinente. No cumpliría el juicio de necesidad (ya existe la publicidad de los datos en los boletines oficiales) ni el juicio de proporcionalidad (la restricción al derecho fundamental a la protección de datos de los interesados no se justificaría por dicha mayor publicidad que alega el consultante).

No obstante cabe hallar un compromiso entre el deseo de una mayor publicidad y el derecho a la protección de los datos personales de los interesados, y podría consistir en que para facilitar el mayor conocimiento de la existencia de dicho concurso y de su relación de funcionarios el consultante hiciera constar en su página web un “link” a la publicación en el diario oficial correspondiente del concurso de méritos. Con esta solución, en primer lugar se posibilitaría lo pretendido por el consultante que es ampliar el conocimiento de la actuación administrativa, sin que por otro lado se amplíe la publicidad requerida por la ley puesto que en definitiva se remite al posible interesado a la publicación oficial de los nombramientos, sin que cupiera entender compatible con el principio de proporcionalidad o calidad de los datos

establecido en el artículo 4 LOPD que el consultante “reprodujese literalmente” en su página web la Orden de la Consejería de Hacienda que resuelve el concurso de méritos con los datos de los afectados.

Téngase en cuenta además, en todo caso, que los arts. 5.4 y 5.5 LOPD establecen la necesidad de información por el responsable del tratamiento (en este caso el consultante) a todos los afectados en caso de que hiciera un tratamiento de datos sobre datos personales que no hayan sido recabados directamente del interesado por el consultante, sino que en este caso los habría obtenido mediante la consulta del boletín oficial. Con independencia de lo mencionado en los párrafos anteriores, si desease realizar un tratamiento de dichos datos, la ley establece la necesidad de que informe a los interesados en los términos establecidos en el citado artículo 5 LOPD.

Como ya ha tenido oportunidad de manifestar esta AEPD, “[e]n definitiva, siendo distintos los términos de ponderación a tomar en consideración para determinar si procede o no el otorgamiento del derecho de acceso o la publicidad activa de una determinada información pública y siendo clara y precisa la previsión contenida en el artículo 15.5 de la Ley 19/2013, cualquier tratamiento o cesión de los datos obtenidos mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, incluida por supuesto su divulgación a través de Internet, deberá encontrarse legitimada por lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, no siendo admisible considerar, como se indica en la consulta, que el acceso a la información otorga legitimación para efectuar esa divulgación”.

Asimismo, la necesidad de respetar la finalidad a la que responde la publicación ya había sido recogida en el informe de esta AEPD 91/2016, relativo al Registro de colegiados, que señalaba que:

El aludido artículo 10.2 a) de la Ley 2/1974 prevé que las corporaciones ofrecerán a través su ventanilla única “el acceso al Registro de colegiados, que estará permanentemente actualizado y en el que constarán, al menos, los siguientes datos: nombre y apellidos de los profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional”.

Dicho fichero encuentra su finalidad vinculada a lo dispuesto en el artículo 1.3 de la propia Ley, consistente en la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios profesionales de los colegiados. La inclusión de los datos de los colegiados en dicho registro viene impuesta por dicha norma, que dispone que el mismo deberá incorporar la información referida a todos los colegiados, al margen de su condición de ejerciente o no ejerciente. Ahora bien, en lo que respecta al tratamiento posterior de dichos datos, ni en dicha Ley ni en la Ley Orgánica 15/1999 se establece la posibilidad de que el registro que deberá incorporarse a la ventanilla única pueda ser objeto de tratamiento posterior por parte de quienes puedan conocer la información contenida en el mismo.

Por su parte, el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999 regula las fuentes accesibles al público, entendiendo como tales “exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación”.

La finalidad de los listados de profesionales a que se refiere el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999 se basaba en dar a conocer al profesional en el ejercicio de su profesión y al mismo tiempo habilitar que cualquier tercero, con las limitaciones establecidas en el artículo 28 de la Ley Orgánica 15/1999, pudiera proceder al tratamiento de esos datos.

Por este motivo, la Ley Orgánica 15/1999 limita el contenido de las fuentes accesibles al público a los datos mencionados en su artículo 3.j), tal y como reitera su artículo 28.1, siendo necesario el consentimiento del interesado para la inclusión de datos adicionales. Del mismo modo, el artículo 28.2 vincula el uso de los datos a la voluntad del interesado, particularmente en los ficheros de profesionales, dado que establece que “los interesados tendrán derecho a que la entidad responsable del mantenimiento de los listados de los Colegios profesionales indique gratuitamente que sus datos personales no pueden utilizarse para fines de publicidad o prospección comercial”.

A partir de la distinción entre finalidades y legitimación entre el acceso al Registro de colegiados y el acceso a los listados de profesionales, cabe dar respuesta a las cuestiones planteadas en la consulta, de modo que debe entenderse, en primer lugar, que los datos incluidos en el artículo 10.2.a) de la Ley 2/1974 de colegios profesionales, lo son en virtud de la obligación legal impuesta por dicho artículo, pero tales datos no podrán utilizarse con fines de publicidad comercial.

Por otro lado, en relación con la reutilización de la información del sector público, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre señala en su Preámbulo que “[E]l régimen de reutilización garantiza el pleno respeto de los principios que consagran la protección de datos personales” estableciendo en su artículo 3.3.j) que la misma no será aplicable a “Los documentos a los que no pueda accederse o cuyo acceso esté limitado en virtud de regímenes de acceso por motivos de protección de los datos personales, de conformidad con la normativa vigente y las partes de documentos accesibles en virtud de dichos regímenes que contengan datos personales cuya reutilización se haya definido por ley como incompatible con la legislación relativa a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos personales”.

Cabe así recordar que del Grupo de Trabajo del artículo 29 señalaba, en su Dictamen 3/99 relativo a la Información del sector público y la protección de datos personales, que “El legislador, cuando desea que un dato se vuelva accesible al público no considera sin embargo que haya de convertirse en res nullius. Tal es la filosofía del conjunto de nuestras legislaciones. El carácter público de un dato de carácter personal, resulte de una normativa o de la voluntad de la propia persona a la que alude el dato, no priva, ipso facto y para siempre, a dicha persona de la protección que le garantiza la ley en virtud de los principios fundamentales de defensa de la identidad humana.”

La necesidad de proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales aparece, igualmente, recogida en la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (versión refundida), siendo numerosos los apartados en los que refiere a la necesidad de salvaguardar dicho derecho, destacando, a los efectos del presente informe, el Considerando 52, que incluye una referencia expresa al principio de limitación de la finalidad:

La presente Directiva no afecta a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión, en particular de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (18), e incluida toda disposición de Derecho nacional adicional. Ello significa, entre otras cosas, que la reutilización de datos personales solo es admisible si se cumple el principio de limitación de la finalidad previsto en el artículo 5, apartado 1, letra b), y en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679. Información anónima es información que no se refiere a una persona física identificada o identificable ni a datos personales que se hayan anonimizado de forma que el interesado no sea identificable o haya dejado de serlo. Anonimizar la información constituye un medio para conciliar los intereses a la hora de hacer la información del sector público tan reutilizable como sea posible con las obligaciones contraídas en virtud de la normativa sobre la protección de datos, pero tiene un coste. Procede considerar este coste como un elemento del coste que debe tenerse en cuenta como parte de los costes marginales de difusión a que se refiere la presente Directiva.

Además de los supuestos que se han venido señalando, en el presente caso debe hacerse especial referencia, dada la finalidad pretendida por el Código, a los supuestos de publicación de los actos administrativos de contenido económico.

En cuanto a la procedencia de la publicación pueden diferenciarse dos supuestos. En primer lugar, cuando concurren las circunstancias de interés público a las que se refiere el artículo 45 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

#### Artículo 45. Publicación.

1. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

En todo caso, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, en los siguientes casos:

a) Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la individualmente realizada.

b) Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

2. La publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el artículo 40.2 exige respecto de las notificaciones. Será también aplicable a la publicación lo establecido en el apartado 3 del mismo artículo.

En los supuestos de publicaciones de actos que contengan elementos comunes, podrán publicarse de forma conjunta los aspectos coincidentes, especificándose solamente los aspectos individuales de cada acto.

3. La publicación de los actos se realizará en el diario oficial que corresponda, según cual sea la Administración de la que proceda el acto a notificar.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deba practicarse en tablón de anuncios o edictos, se entenderá cumplida por su publicación en el Diario oficial correspondiente.

En segundo lugar, en los supuestos de notificación infructuosa del artículo 44:

#### Artículo 44. Notificación infructuosa.

Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del

último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado».

Como ha señalado el Tribunal Supremo “la notificación consiste en una comunicación formal del acto administrativo de que se trate” y que “lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos” (Sentencias de 30 de abril y 29 de julio de 1998). Previamente, en la Sentencia de 5 de marzo de 1992 ( con cita de las de 30 de abril de 1987 y 19 de febrero de 1991) el Tribunal Supremo había destacado que “todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano decisor y las partes contendientes (sean notificaciones, citaciones emplazamientos, etc.) no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido. La entrega de una copia o traslado, la firma del receptor, su identidad, etc., no son más que signos materiales externos que, de alguna manera, revelan o presuponen una toma de conocimiento que, al ser consustancial al derecho a la defensa, ha de verse rodeado de las máximas garantías. De ahí que en los modernos ordenamientos jurídicos rituarios tales exigencias se lleven hasta el límite de lo que la eficacia y los intereses de terceros permiten; y en la jurisprudencia de los Tribunales se extreme el formalismo de estos actos, en contra de las corrientes informalistas que dominan las nuevas concepciones del procedimiento”.

Consecuentemente, tanto la notificación como, en su caso, la publicación, actúan, con carácter general, como requisito de eficacia de los actos administrativos, teniendo por finalidad garantizar el conocimiento por parte de los interesados y el ejercicio de su derecho de defensa, así como permitir a la Administración ejercer adecuadamente sus potestades administrativas, respondiendo, por tanto, a un claro interés público. En este sentido, el profesor García de Enterría incide en el carácter favorable al interesado que tiene el régimen de comunicación de los actos administrativos, señalando que “... el riguroso sistema descrito está configurado por la Ley como una garantía del administrado exclusivamente y debe ser en



consecuencia, interpretado y aplicado desde esta perspectiva. La falta de notificación (o de publicación, en su caso) en forma, demora la eficacia del acto cuando éste es susceptible de producir un perjuicio a su destinatario, pero no en caso contrario.”.

En este mismo sentido, en relación con las comunicaciones procesales, recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1996 que “Muy reiteradamente ha declarado este Tribunal que los actos de comunicación procesal tienen la finalidad material de llevar al conocimiento de los afectados las decisiones y resoluciones judiciales con objeto de que éstos puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus intereses. Constituyen, por ello, elemento fundamental del núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que a la Jurisdicción le viene impuesto un deber específico de adoptar, más allá del cumplimiento rituario de las formalidades legales, todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar que esa finalidad de conocimiento de las resoluciones judiciales no se frustre por causas ajenas a la voluntad de aquéllos a quienes afectan (STC 121/1995).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en relación con la publicación de los actos administrativos, el legislador ha establecido determinadas garantías, con el fin de proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales, que quedarían desvirtuadas si se permitiera el uso con una finalidad distinta y, más aún, si se admitiera el cruce de dicha información con datos obtenidos de otras fuentes.

Así, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ha recogido, si bien de manera parcial, la necesidad de proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales, señalando en su artículo 40.5 que “Las Administraciones Públicas podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para la protección de los datos personales que consten en las resoluciones y actos administrativos, cuando éstos tengan por destinatarios a más de un interesado”. Por otro lado, el artículo 46 prevé que “Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento”.

Asimismo, la LOPDGDD viene a reforzar la garantía de dicho derecho, regulando en su disposición adicional séptima la identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos:

1. Cuando sea necesaria la publicación de un acto administrativo que contuviese datos personales del afectado, se identificará al mismo mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente. Cuando la publicación se refiera a una pluralidad de afectados estas cifras aleatorias deberán alternarse.

Cuando se trate de la notificación por medio de anuncios, particularmente en los supuestos a los que se refiere el artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se identificará al afectado exclusivamente mediante el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente.

Cuando el afectado careciera de cualquiera de los documentos mencionados en los dos párrafos anteriores, se identificará al afectado únicamente mediante su nombre y apellidos. En ningún caso debe publicarse el nombre y apellidos de manera conjunta con el número completo del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente.

2. A fin de prevenir riesgos para víctimas de violencia de género, el Gobierno impulsará la elaboración de un protocolo de colaboración que defina procedimientos seguros de publicación y notificación de actos administrativos, con la participación de los órganos con competencia en la materia.

Como puede observarse, estas garantías, dirigidas a preservar el principio de minimización de datos, así como otros derechos o intereses legítimos que puedan resultar lesionados, perderían su eficacia si se admitiera el cruce con otros datos al objeto de elaborar el perfil de una persona.

Otro supuesto de publicación de datos económicos, más concreto, sería el de publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias, previsto en el artículo 95 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT):

1. La Administración Tributaria acordará la publicación periódica de listados comprensivos de deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que el importe total de las deudas y sanciones tributarias pendientes de ingreso supere el importe de 1.000.000 de euros.
- b) Que dichas deudas o sanciones tributarias no hubiesen sido pagadas transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario.

A efectos de lo dispuesto en este artículo no se incluirán aquellas deudas y sanciones tributarias que se encuentren aplazadas o suspendidas.

2. En dichos listados se incluirá la siguiente información:

a) La identificación de los deudores conforme al siguiente detalle:

- Personas Físicas: nombre apellidos y NIF.
- Personas Jurídicas y entidades del artículo 35.4 de esta Ley: razón o denominación social completa y NIF.

b) El importe conjunto de las deudas y sanciones pendientes de pago tenidas en cuenta a efectos de la publicación.

3. En el ámbito del Estado, la publicidad regulada en este artículo se referirá exclusivamente a los tributos de titularidad estatal para los que la aplicación de los tributos, el ejercicio de la potestad sancionadora y las facultades de revisión estén atribuidas en exclusiva a los órganos de la Administración Tributaria del Estado no habiendo existido delegación alguna de competencias en estos ámbitos a favor de las Comunidades Autónomas o Entes Locales.

La publicidad regulada en este artículo resultará de aplicación respecto a los tributos que integran la deuda aduanera.

4. La determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la inclusión en el listado tomará como fecha de referencia el 31 de diciembre del año anterior al del acuerdo de publicación, cualquiera que sea la cantidad pendiente de ingreso a la fecha de dicho acuerdo.

La propuesta de inclusión en el listado será comunicada al deudor afectado, que podrá formular alegaciones en el plazo de 10 días contados a partir del siguiente al de recepción de la comunicación. A estos efectos será suficiente para entender realizada dicha comunicación la acreditación por parte de la Administración Tributaria de haber realizado un intento de notificación de la misma que contenga el texto íntegro de su contenido en el domicilio fiscal del interesado.

Las alegaciones habrán de referirse exclusivamente a la existencia de errores materiales, de hecho o aritméticos en relación con los requisitos señalados en el apartado 1.

Como consecuencia del trámite de alegaciones, la Administración podrá acordar la rectificación del listado cuando se acredite fehacientemente que no concurren los requisitos legales determinados en el apartado 1.

Dicha rectificación también podrá ser acordada de oficio.

Practicadas las rectificaciones oportunas, se dictará el acuerdo de publicación.

La notificación del acuerdo se entenderá producida con su publicación y la del listado.

Mediante Orden Ministerial se establecerán la fecha de publicación, que deberá producirse en todo caso durante el primer semestre de cada año, y los correspondientes ficheros y registros.

La publicación se efectuará en todo caso por medios electrónicos, debiendo adoptarse las medidas necesarias para impedir la indexación de su contenido a través de motores de búsqueda en Internet y los listados dejarán de ser accesibles una vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación.

El tratamiento de datos necesarios para la publicación se sujetará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter general, y en su Reglamento aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

5. En el ámbito de competencias del Estado, será competente para dictar los acuerdos de publicación regulados en este artículo el Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

6. En la publicación del listado se especificará que la situación en el mismo reflejada es la existente a la fecha de referencia señalada en el apartado 4, sin que la publicación del listado resulte afectada por las actuaciones realizadas por el deudor con posterioridad a dicha fecha de

referencia, en orden al pago de las deudas y sanciones incluidas en el mismo.

Lo dispuesto en este artículo no afectará en modo alguno al régimen de impugnación establecido en esta Ley en relación con las actuaciones y procedimientos de los que se deriven las deudas y sanciones tributarias ni tampoco a las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos iniciados o que se pudieran iniciar con posterioridad en relación con las mismas.

Las actuaciones desarrolladas en el procedimiento establecido en este artículo en orden a la publicación de la información en el mismo regulada no constituyen causa de interrupción a los efectos previstos en el artículo 68 de esta Ley.

7. El acuerdo de publicación del listado pondrá fin a la vía administrativa.

En relación con dicha regulación, se pronunció esta Agencia en su informe 372/2014, en el que, entre otras circunstancias, se analizaba la finalidad de dicho tratamiento:

Entrando así en el modo en que la norma sometida a informe resulta congruente con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, la primera cuestión a analizar es la referente a cuál es la finalidad que justifica la publicación de los datos incluidos en el artículo 97 bis, a fin de así poder igualmente establecer si los datos a los que se refiere el apartado 1 del precepto resulta adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad perseguida con dicha publicación.

El Anteproyecto únicamente señala en su articulado que la finalidad que justifica la publicación serán las “razones de interés público” mencionadas en el artículo 95.3 en su nueva redacción, dado que el artículo 95 bis no establece referencia alguna al efecto.

Como se ha reproducido con anterioridad, la finalidad que justifica el tratamiento debe ser, no obstante, conforme exige el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, “determinada, explícita y legítima”. De este modo, una mera referencia al interés público, que lógicamente debe regir toda la actuación de las Administraciones Públicas, podría no considerarse ajustada al triple requisito establecido en el precepto.

La exposición de motivos, no obstante, establece ciertas clarificaciones en relación con la cuestión que en este momento estamos valorando. Así, en primer lugar, se pone de manifiesto en la misma que “es necesario un reforzamiento de los mecanismos de la Hacienda Pública de fomento del deber general de contribuir del artículo 31 de la Constitución y de lucha contra el fraude fiscal, no solo mediante medidas dirigidas directa y exclusivamente a la mera represión del mismo”, a cuyo efecto añade que “en este sentido, la medida consistente en la publicación de listados de deudores que se incorpora en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, hay que enmarcarla en la orientación de la lucha contra el fraude fiscal a través del fomento de todo tipo de instrumentos preventivos y educativos que coadyuven al cumplimiento voluntario de los deberes tributarios y la promoción del desarrollo de una auténtica conciencia cívica tributaria”.

Del mismo modo, se hace referencia en la exposición de motivos al derecho “del cuerpo social a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias”, lo que es trasunto del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio, consagrado por el artículo 31 de la Constitución.

En este punto se hace preciso efectuar en el presente informe una acotación respecto al párrafo de la exposición de motivos en el que se hace la referencia señalada, por cuanto en el mismo se indica literalmente lo siguiente:

“En la búsqueda del equilibrio entre los derechos que se integran en la norma, el del cuerpo social a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el de los obligados tributarios en cuanto a la preservación de su intimidad, y habida cuenta de la declarada primacía constitucional del primero, se introducen reglas tasadas para formar los listados que habrán de hacerse públicos.”

De este tenor parecería desprenderse que el derecho del cuerpo social a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias prevalece sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter

personal de los obligados tributarios cuando los mismos son personas físicas, lo que parece incluso contradictorio con el tenor del párrafo reproducido, amén de la ubicación sistemática en el texto constitucional de ambos derechos, encontrándose el derecho a la protección de datos recogido en el artículo 18.4 y, en consecuencia, configurándose como uno de los derechos fundamentales y de las libertades públicas consagrados por la Sección Primera del Capítulo II del Título I del Texto Constitucional, en la que no se incluye, por el contrario el artículo 31.

En consecuencia, y sin que parezca necesario efectuar ninguna consideración adicional, sería preciso corregir el tenor del párrafo indicado, a fin de clarificar la primacía del derecho fundamental a la protección de datos.

Hecha la citada acotación, parece que la finalidad perseguida con la publicación a la que se refiere el artículo 95 bis será la de coadyuvar al cumplimiento de la obligación prevista en el meritado artículo 31.1 de la Constitución mediante la adopción de una medida que generará en aquéllos cuyos datos sean objeto de publicación una situación reproche social, convirtiéndose así en una medida de prevención que impulse al interesado a evitar que concurran las circunstancias que impliquen su inclusión en los listados. En definitiva, la finalidad de la medida será la prevención de situaciones de incumplimiento grave de las obligaciones tributarias, adoptada por la Administración Tributarias dentro de las competencias que le corresponden para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 31.1 de la Constitución.

Pues bien, a juicio de esta Agencia sería conveniente que la determinación de dicha finalidad apareciera explícitamente recogida en el artículo 95 bis de la Ley, dado que la misma permitirá acotar la naturaleza de las informaciones objeto de publicidad y, al propio tiempo, permitirá también clarificar los límites de dicha publicación, especialmente en cuanto al uso que por parte de terceros pudiera pretender darse a la información publicada.

Por todo ello, se considera que debería incluirse al comienzo del apartado 1 del artículo 95 bis una fórmula que clarificase la finalidad de la publicación de los listados mencionados, referida a lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Constitución y a la función preventiva de la medida para coadyuvar a su cumplimiento.



Asimismo, hacía referencia a la necesidad de que la norma propuesta respetara el principio de proporcionalidad, recogiendo las garantías oportunas:

La publicación de datos a los que se refiere el precepto al que ahora se está haciendo referencia constituirá, cuando se trate de información referida a personas físicas identificadas o identificables, una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

En relación con las cesiones, el artículo 11.1 de la Ley indica que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. No obstante, este consentimiento no será preciso, según el artículo 11.2 a) en caso de que la cesión se encuentre prevista en una norma con rango de Ley.

Ciertamente, el Anteproyecto sometido a informe puede establecer supuestos en los que se exceptúa el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal, ostentando rango suficiente, pero dichas limitaciones del derecho fundamental deberán ser respetuosas con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, tal y como impone el artículo 53.1 de la Constitución, sin que su mera inclusión en el Anteproyecto pueda dar cobertura y legitimación por sí sola a los tratamientos y cesiones de datos. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala lo siguiente:

“En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida,

únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2. a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos.”

De este modo deberá verificarse si dicha habilitación resulta coherente con los principios de protección de datos y, particularmente, con los consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, añadiendo el artículo 4.2 que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”. Del mismo modo, conforme al artículo 4.3 de la Ley Orgánica “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”. Finalmente, conforme al artículo 4.5 “los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, la LGT establece una serie de garantías, en las que, partiendo de que la finalidad pretendida legitima la limitación del derecho fundamental a la protección de datos de las personas afectadas, tienden a minimizar su impacto de acuerdo con el principio de proporcionalidad, como son, por ejemplo, la necesidad de especificar que la situación es la existente a la fecha de referencia, sin que resulte afectada por las actuaciones realizadas por el deudor con posterioridad a dicha fecha de referencia, en orden al pago de las deudas y sanciones incluidas en el mismo, la necesidad de adoptar medidas que eviten la indexación por los motores de búsqueda en Internet y que los listados dejarán de ser accesibles una vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación.

Dichas medidas, que legitimaban dicha intrusión en la privacidad de los afectados determinando su proporcionalidad, quedarían claramente desvirtuadas si se permitiera el tratamiento ulterior de la información en la forma en que se pretende en el Código de Conducta.

Por otro lado, en relación con los registros administrativos, es criterio reiterado de esta Agencia que el fundamento del tratamiento de datos por parte de las Administraciones Públicas debe encontrarse en las letras c) y e) del artículo 6.1 del RGPD. En este sentido, en el informe de esta AEPD 175/2018 ya se señalaba lo siguiente:

Como CONCLUSIÓN en este punto, cabe decir que, con carácter general, la base jurídica del tratamiento en las relaciones con la Administración, en aquellos supuestos en que existe una relación en la que no puede razonablemente predicarse que exista una situación de equilibrio entre el responsable del tratamiento (la Administración), y el interesado (el administrado) no sería el consentimiento (art. 6.1.a) RGPD), sino, según los casos, el cumplimiento de una obligación legal (art. 6.1.c) RGPD) o el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos (art. 6.1.e) RGPD).

En cuanto al régimen de publicidad de los registros, será el que la ley determine, si bien esta Agencia viene haciendo hincapié, igualmente, en la necesidad de evitar que los efectos de dicha publicidad se multipliquen como consecuencia de su indexación por los motores de búsqueda de internet. En este sentido, el informe 202/2012, referido al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Público Concursal, señalaba lo siguiente:

## VIII

Por último, y como cuestión no referente al texto literal de la norma sometida a informe, debería plantearse la posibilidad de que se estableciesen mecanismos que, sin menoscabar en lo más mínimo la publicidad otorgada con carácter universal por el Registro, permitiesen limitar dicha publicidad a la que dicho registro otorga, sin que la mera

publicación de los datos en el mismo pudiera dar lugar a una multiplicación de los efectos derivados del correspondiente acto inscribible como consecuencia del posible acceso a los datos por medio de motores de búsqueda en Internet.

En este sentido, es preciso indicar que las propias normas de estructuración y delimitación del modo de acceso al registro, establecidas en los artículos 4.2, 8, 12.1 y 14.4 del Proyecto perderían virtualidad si fuera posible a cualquier usuario de Internet el acceso a los datos del registro a partir de la mera búsqueda de cualquier dato que pudiera incorporarse al documento inscrito.

A tal efecto, es preciso recordar que las normas que en los últimos años han venido estableciendo sistemas generales de publicidad, bien que referidos a publicidad edictal, tales como las reguladoras del tablón edictal de sanciones en materia de tráfico, el tablón edictal de seguridad social o el de resoluciones en materia de extranjería establecen previsiones expresas al efecto

Así, el artículo 4 de la Orden INT/3022/2010, de 23 noviembre, por la que se regula el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico, dispone que “la Dirección General de Tráfico ofrecerá en la sede electrónica del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico un sistema de búsqueda avanzado que permitirá a los ciudadanos localizar si tienen edictos publicados en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico, así como su recuperación e impresión, tanto de los que se encuentren dentro del plazo de publicación como de aquellos en los que dicho plazo haya concluido. Dicho sistema de búsqueda avanzado contará con los mecanismos necesarios para evitar la indexación y recuperación automática de publicaciones a través de motores de búsqueda desde Internet”.

Por ello, esta Agencia considera que el artículo 4 del Proyecto sometido a informe, o en su defecto, el artículo 2.3 del mismo, deberían incorporar una previsión en que se indique expresamente que “en todo caso se adoptarán las medidas necesarias para evitar la indexación y recuperación automática de los datos contenidos en el Registro a través de motores de búsqueda desde Internet”.

### **1.3. Garantías aplicables en los supuestos en que se trata de publicaciones de datos personales en cumplimiento de obligaciones legales o por razones de interés público.**

Como puede observarse y se viene argumentando en el presente informe, en la mayoría de los supuestos de información publicada y que pretende utilizarse para la evaluación de la solvencia, se trata de supuestos en los que dicha publicación lo ha sido en cumplimiento de una obligación legal o por razones de interés público.

Por ello, tal y como se ha ido adelantando, cuando se trata de la publicación de datos personales al amparo de las previsiones contenidas en las letras c) o d) del RGPD, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia y la doctrina de esta Agencia respecto a los requisitos para legitimar la misma, al objeto de respetar el principio de proporcionalidad y establecer las garantías oportunas.

En este sentido, esta Agencia viene reiterando cómo, en los supuestos del artículo 6.1., letras c) y e), el RGPD contiene previsiones específicas al respecto, comenzando con las previstas en su propio artículo 6, apartados 2 y 3, cuya redacción es la siguiente:

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.

Por otro lado, debe tenerse igualmente en cuenta que, en el caso de que la obligación venga impuesta por una norma de derecho interno, la misma deberá tener rango de ley, por exigirlo el artículo 53.1 de la Constitución, tal y como expresamente recoge el artículo 8.1 de la LOPDGDD, añadiendo que “podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679” y deberá tenerse en cuenta la doctrina constitucional recogida, fundamentalmente, en las sentencias 292/2000 de 30 noviembre y 76/2019 de 22 de mayo, conforme a la cual los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales deben establecerse por una norma con rango de ley, previa ponderación por el legislador de los intereses en pugna atendiendo al principio de proporcionalidad, definiendo todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora mediante reglas precisas, que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias, y estableciendo las garantías adecuadas, siendo la propia ley la que habrá de contener las garantías adecuadas frente a la recopilación de datos personales que autoriza. El Tribunal Constitucional (TC) ha sido claro en cuanto a que la previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del artículo 53.1 CE (...). Es evidente que, si la norma incluyera una remisión para la integración de la ley con las garantías adecuadas establecidas en normas de rango inferior a la ley, sería considerada como una deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex artículo 53.1 CE, y, por este solo motivo, debería

ser declarada inconstitucional y nula. (...). Se trata, en definitiva, de “garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental”. Tampoco sirve por ello que para el establecimiento de dichas garantías adecuadas y específicas la ley se remita al propio RGPD o a la LOPDGDD.

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [ RTC 1995, 66 ] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [ RTC 1996, 55 ] , FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [ RTC 1996, 270 ] , F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [ RTC 1998, 37 ] , F. 8; 186/2000, de 10 de julio [ RTC 2000, 186 ] , F. 6).”

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.



Pues bien, la STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, , en su apartado 175, recuerda que:

En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice: Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos.

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada).

La ya citada STJUE de 6 de octubre de 2020, en el caso C-623/17, añade la mención de las categorías especiales de datos:

68 (...) Estas consideraciones son aplicables en particular cuando está en juego la protección de esa categoría particular de datos personales que son los datos sensibles [véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartados 54 y 55, y de 21 de diciembre de 2016, Tele2, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970, apartado 117; dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 141].

En consecuencia, los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales deben establecerse por una norma con rango de ley, previa ponderación por el legislador de los intereses en pugna atendiendo al principio de proporcionalidad, definiendo todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora mediante reglas precisas, que hagan

previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias, y estableciendo las garantías adecuadas.

**Partiendo de lo anterior, habiéndose limitado el derecho a la protección de datos de los particulares por razones de interés público que justifican la publicidad de los datos personales, sometida a las garantías adecuadas, deberá atenderse para el tratamiento ulterior de los datos personales a las limitaciones que las normas que han establecido la publicidad puedan haber establecido, y, singularmente, a las que derivan de la aplicación de los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD:**

#### Principios relativos al tratamiento

##### 1. Los datos personales serán:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

**De este modo, debe garantizarse que un tratamiento ulterior de los datos no infringe el principio de limitación de la finalidad, al ser tratado de una manera incompatible con los fines iniciales, o que la combinación de los datos con otros obtenidos de otras fuentes no infringe el principio de minimización, o que el tratamiento ulterior no implica un uso de los datos más allá del tiempo necesario para cumplir con su primigenia finalidad, ya que todas estas circunstancias pueden haber sido tenidas en cuenta por el legislador para entender proporcional la restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales que supone la publicación de estos.**

Por otro lado, hay que tener en cuenta, tal y como señala el informe de la Subdirección General de RGD, que dentro de los datos que se publican en los boletines oficiales se encuentran los relativos a **infracciones administrativas**, por lo que, atendiendo a la naturaleza de los datos, no podrían ser objeto de tratamiento por los Sujetos Obligados.

En este sentido se ha venido pronunciando esta Agencia, tal y como se recoge en el Informe 320/2017:

“La consulta plantea que el consultante ha recibido un encargo por parte de una empresa de seguros de coche y moto para procesar parte de los datos que se publican diariamente en la pestaña de notificaciones del BOE. Concretamente los datos que se procesarían serían los siguientes: Infracciones de tráfico; pérdida del permiso de circulación por el agotamiento del saldo de puntos; vehículos que han perdido la autorización para circular, y vehículos que han sido declarados como tratamiento residual. El procedimiento a realizar sería el siguiente: 1.- Diariamente mediante un procedimiento automático se descargarían todas las notificaciones relativas a las categorías previamente

especificadas. 2.-Posteriormente se realizará un tratamiento a los datos para estos puedan ser accesibles en forma de tabla. 3.-La compañía aseguradora realizará consultas online mediante un web service para obtener el historial de infracciones de sus potenciales clientes. Se añade que tan solo se almacenará información relativa a personas físicas utilizando su DNI/NIE como identificador a través del cual se realizará la consulta con la aseguradora y el resto de variables de las tablas contendrían los detalles publicados en cada una de las notificaciones del B.O.E. Se añade además que para el tratamiento de datos como para el almacenamiento de los mismos se utilizarán las máximas medidas de seguridad establecidas en la L.O.P.D. y en G.D.P.R.

A la vista de lo anterior cabe decir que esta AEPD ya ha tenido ocasión de tratar supuestos similares, como por ejemplo en la consulta de 30 de junio de 2011, en la que se establecía que los datos que se planteaban tratar consistían en datos sensibles previstos en el art. 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, (LOPD), respecto de los cuales su tratamiento sólo podrían llevarse a cabo por las Administraciones públicas competentes.

Así, dicho Informe citado, con cita a su vez de otros, expuso lo siguiente:

“Dicho lo anterior, y con carácter previo al estudio de la aplicación al caso de alguna de las excepciones previstas en el meritado artículo 6.2, debe tenerse especialmente en cuenta la naturaleza de la información que es objeto de publicación en los citados tablones, dado que la misma contiene resoluciones relacionadas con la comisión de infracciones administrativas en los ámbitos competenciales correspondientes al órgano al que se refiere cada uno de ellos.

Así, a título de ejemplo, debe hacerse referencia a la regulación del primero de los tablones edictales que fue objeto de creación, el denominado Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA), regulado por la Orden INT/3022/2010, de 23 noviembre, dictada en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 78 del Texto Articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 332/1990, de 2 de marzo, en la redacción dada al mismo por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre.

La mencionada Orden delimita el alcance de los actos administrativos objeto de publicación en dicho Tablón, señalando en su apartado primero que “la presente orden tiene por objeto regular el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico como medio oficial de publicación a través de edictos de las notificaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador como consecuencia de la comisión de infracciones a la normativa sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que no se hayan podido practicar en la Dirección Electrónica Vial, en las equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia de tráfico, o en el domicilio del interesado, para cuya sanción sean competentes” las autoridades que en él se indican, añadiendo el apartado 2 que “asimismo, se publicarán en él las notificaciones de las resoluciones de los recursos administrativos interpuestos contra las resoluciones sancionadoras a que se refiere el apartado anterior, con independencia de cuál sea la autoridad sancionadora competente”.

Quiere ello decir, que el tratamiento de datos de carácter personal derivado de la publicación de los edictos en el Tablón se refiere a información referida a la comisión de infracciones administrativas en materia de tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial, disponiendo el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999 que “los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”.

Precisamente por este motivo, la Orden INT 3022/2010 se refiere en el artículo 4 al acceso por los ciudadanos al contenido del TESTRA indicando en el párrafo segundo del apartado 2, tras señalar que dicho acceso será universal, que “la conservación y almacenamiento de la información obtenida como consecuencia de la consulta del Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico, únicamente le estará permitida al propio interesado, a la persona a la que éste hubiera autorizado y a las Administraciones Públicas que por Ley lo tengan autorizado, resultando en los restantes casos contraria a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

Esta previsión fue la resultante del análisis llevado a cabo por esta Agencia Española de Protección de Datos en el informe emitido, en fecha 5 de noviembre de 2010, al entonces Proyecto de Orden Ministerial reguladora del TESTRA, indicando en su apartado V lo siguiente:

“La conclusión anteriormente alcanzada (relativa a la legitimación para la cesión de datos a través del Tablón a cualquier ciudadano que lo solicite), no obstante, no es óbice para que el sistema deba establecer mecanismos que eviten o dificulten el acceso indiscriminado a la información con fines distintos al conocimiento por el interesado de la notificación que se le practica a través del tablón edictal.

Como ya se dijo, una primera garantía es la establecida en el propio Proyecto, cuando prohíbe la indexación de la información contenida en el TESTRA por parte de motores de búsqueda. De este modo, sólo quienes accedan directamente al tablón edictal tendrán conocimiento de la información contenida en el mismo, sin que una simple búsqueda de los datos a través de un motor de búsqueda pueda ser suficiente para el acceso al contenido de los edictos. En este sentido, esta Agencia considera pertinente y conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 la limitación a la que acaba de hacerse referencia.

Pero al propio tiempo, esta previsión deberá complementarse con otra que garantice que los datos personales contenidos en los edictos [no] puedan ser susceptibles de almacenamiento masivo o incluso de conservación por parte de terceros, aunque dicha conservación se derive directamente del acceso al TESTRA y no de la consulta del mismo a través de motores de búsqueda.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2010 analiza el supuesto en que una empresa mantenía un fichero, denominado



“potenciales clientes”, con el contenido de los edictos publicados en los distintos boletines oficiales en materia sancionadora de tráfico y seguridad vial, considerando dicha conducta contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de la estimación del recurso por otros motivos. Dicha sentencia señala lo siguiente:

“(…) no es posible y está prohibida la creación de ficheros como el que aquí nos ocupa, relacionados con infracciones administrativas de tráfico, por entidades distintas de la Administración Pública competente. Téngase en cuenta, que en el sitio web desde el que se accede a los datos recogidos en el fichero “Potenciales Clientes” se invita a realizar una “búsqueda entre más de 2,5 millones de multas” o lo que es igual de sanciones impuestas por la comisión de otras tantas infracciones administrativas, por lo que el tratamiento de los mencionados datos personales recogidos en el citado fichero y a los que se accede por cualquier persona a través del sitio web [www.autoplus.es](http://www.autoplus.es) utilizando los criterios de búsqueda más arriba expuestos es un tratamiento que vulnera el citado artículo 7.5 LOPD.

A lo anterior no obsta que dichos datos procedan o hayan sido recogidos de boletines oficiales que tienen la consideración de fuentes accesibles al público, según el artículo 3 j) de la LOPD. En efecto, si bien el artículo 6.2 de la LOPD excepciona de la necesidad de recabar el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos, cuando procedan de fuentes accesibles al público, dicha excepción no entra en juego en supuestos como el presente, a la vista de la regla específica del artículo 7.5 LOPD para ese tipo de datos, por lo que el origen público del dato resulta irrelevante en casos como el de autos en que una entidad privada se dedica a recopilar infracciones administrativas en un fichero (más de 2,5 millones de multas de tráfico) y tratar los datos personales de las mismas, lo que sólo puede llevarse a cabo por las Administraciones Públicas cuando esté previsto en su normativa reguladora.

En conclusión, nos hallamos ante una conducta contraria a la LOPD que vulnera el citado artículo 7.5.”

Tomando en cuenta estos precedentes, sería necesario completar lo dispuesto en el artículo 4.3 del Proyecto poniendo de manifiesto la prohibición de almacenar y conservar por persona distinta del

interesado, su representante o las Administraciones Públicas que se encuentren debidamente autorizadas por la Ley, la información contenida en el TESTRA.”

En el mismo sentido, la Orden TIN/831/2011, de 8 abril, por la que se regula el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social, al que se refiere expresamente la consulta, dispone en el párrafo tercero de su artículo 13.1 que “cuando por medio de edictos se publiquen notificaciones que contengan sanciones administrativas, la información obtenida como consecuencia de su consulta en el tablón únicamente podrá conservarse y almacenarse por la Administración de la Seguridad Social, por el propio interesado o la persona que éste hubiera autorizado y por las administraciones públicas que por ley lo tengan autorizado, resultando en los restantes casos contraria a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”. Dicho precepto fue igualmente objeto de informe favorable de esta Agencia, de fecha 21 de febrero de 2011.

Tomando en cuenta lo señalado por esta Agencia en los mencionados informes, así como las previsiones expresas contenidas en el párrafo segundo del artículo 4.2 de la Orden INT/3022/2010 y en el párrafo tercero del artículo 13.1 de la Orden TIN/831/2011, de 8 abril no cabe duda que el almacenamiento de los datos contenidos en los distintos tablones y referidos a la comisión de infracciones administrativas en cualquier ámbito implicará una vulneración de lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999, no pudiendo considerarse la misma amparada por las previsiones de la citada Ley Orgánica.”

En consecuencia, como se ha mencionado en el Informe citado, la actuación planteada por la consultante no estaría amparada en la LOPD.

En el momento actual, la imposibilidad de tratar lícitamente los datos relativos a infracciones administrativas sobre la base jurídica del interés legítimo deriva de lo dispuesto en el artículo 27 de la LOPDGDD:

Artículo 27. Tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas.

1. A los efectos del artículo 86 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, incluido el mantenimiento de registros relacionados con las mismas, exigirá:

a) Que los responsables de dichos tratamientos sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones.

b) Que el tratamiento se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquel.

2. Cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas habrán de contar con el consentimiento del interesado o estar autorizados por una norma con rango de ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados.

3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas solo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones.

## **2. Especial referencia a la aplicación, a los datos personales obtenidos de fuentes públicas, del principio de limitación de la finalidad.**

**Tal y como se ha venido señalando, a partir de la plena aplicación del RGPD, la circunstancia de que los datos personales figuren en fuentes públicas no legitima, sin más, su posterior utilización con otros fines, debiendo cumplirse con el principio de limitación de la finalidad que se recoge en el artículo 5 del RGPD, de modo que “Los datos personales serán:**

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

A este principio se refiere, asimismo, el Considerando 50 del Reglamento, en el que se señala lo siguiente:

El tratamiento de datos personales con fines distintos de aquellos para los que hayan sido recogidos inicialmente solo debe permitirse cuando sea compatible con los fines de su recogida inicial. En tal caso, no se requiere una base jurídica aparte, distinta de la que permitió la obtención de los datos personales. Si 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, los cometidos y los fines para los cuales se debe considerar compatible y lícito el tratamiento ulterior se pueden determinar y especificar de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Las operaciones de tratamiento ulterior con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos deben considerarse operaciones de tratamiento lícitas compatibles. La base jurídica establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para el tratamiento de datos personales también puede servir de base jurídica para el tratamiento ulterior. Con objeto de determinar si el fin del tratamiento ulterior es compatible con el fin de la recogida inicial de los datos personales, el responsable del tratamiento, tras haber cumplido todos los requisitos para la licitud del tratamiento original, debe tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier relación entre estos fines y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se recogieron los datos, en particular las expectativas razonables del interesado basadas en su relación con el responsable en cuanto a su uso posterior, la naturaleza de los datos personales, las consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto y la existencia de garantías adecuadas tanto en la operación de tratamiento original como en la operación de tratamiento ulterior prevista.

Si el interesado dio su consentimiento o el tratamiento se basa en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituye una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar, en particular, objetivos importantes de interés público general, el responsable debe estar facultado para el tratamiento ulterior de los datos personales, con independencia de la compatibilidad de los fines. En todo caso, se debe garantizar la aplicación de los principios establecidos por el presente Reglamento y, en particular, la información del interesado sobre esos otros fines y sobre sus derechos, incluido el derecho de oposición. La indicación de posibles actos delictivos o amenazas para la seguridad pública por parte del responsable del tratamiento y la transmisión a la autoridad competente de los datos respecto de casos individuales o casos diversos relacionados con un mismo acto delictivo o amenaza para la seguridad pública debe considerarse que es en interés legítimo del responsable. Con todo, debe

prohibirse esa transmisión en interés legítimo del responsable o el tratamiento ulterior de datos personales si el tratamiento no es compatible con una obligación de secreto legal, profesional o vinculante por otro concepto.

Partiendo de lo anterior, el RGPD, en su artículo 6.4., solo legitima el uso para fines distintos, salvo en los casos en que se cuente con el consentimiento del interesado o así esté establecido por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, al supuesto de que los fines sean compatibles, estableciendo determinados criterios para apreciar dicha compatibilidad de fines:

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.

**A estos efectos, esta Agencia considera, con carácter general, que no existe la compatibilidad de fines que justificarían el tratamiento ulterior para fines de evaluación de la solvencia. De este modo, en los distintos**

**supuestos que se han venido analizando, la publicación de la información responde a finalidades concretas, derivadas de la necesidad de garantizar la transparencia en la utilización de los recursos públicos, o establecidas en favor de los propios administrados, como es la notificación de los actos administrativos mediante su publicación, o la necesidad de garantizar en determinados supuestos un público conocimiento que, al venir impuestas por la ley y ser indisponibles para los afectados, no guardan relación alguna con un tratamiento posterior a efectos de evaluar la solvencia, lo que supondría que una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, impuesta por razones de interés público, terminara produciendo efectos adversos en la vida privada de los afectados.**

De este modo, teniendo en cuenta que, dada la finalidad, no se pueden tratar los datos de manera seudonimizada al ser imprescindible la identificación de la persona a la que se refieren los mismos, la ausencia de cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se han recogido los datos y la situación de desequilibrio en la que se encuentran los administrados, y las posibles consecuencias adversas que pueden producirse para los interesados como consecuencia del tratamiento ulterior, impiden apreciar la existencia de la referida compatibilidad en todos aquellos casos en los que los datos no hayan sido publicados con la finalidad de facilitar información crediticia.

Esta misma doctrina se recoge en el Informe de la AEPD 366/2016, en el que se analizaba un supuesto de incompatibilidad de fines:

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente a la consulta planteada por XXXXXXX, Consejera Técnica Departamento de Comunicación con los Ciudadanos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, cúmpleme informarle lo siguiente:

La consulta plantea la posibilidad de enviar una felicitación por Navidad a los ciudadanos que se han dirigido en el último año al Presidente del Gobierno a través del Departamento de Comunicación con los Ciudadanos (DCC), del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, cuyos datos personales constan en el fichero, el cual está registrado en la AEPD.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), art. 4.1 y 4.2, establece que:

**Artículo 4. Calidad de los datos.**

1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.
2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

Ello significa que los datos personales recogidos sólo podrán ser sometidos a tratamiento, en lo que ahora interesa para las finalidades “determinadas” para las que se hayan obtenido, y además no podrán usarse para finalidades “incompatibles” con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. La ley añade que no se considera incompatible el tratamiento posterior de estos datos con fines históricos, estadísticos o científicos. Dado que no se consulta respecto de un tratamiento de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, no se aplicará esta excepción.

El Departamento de Comunicación con los Ciudadanos se incardina como un departamento integrado en el Departamento de Asuntos Nacionales dentro del Gabinete de la Presidencia del Gobierno (art. 3.3 c) del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero). Sus funciones consisten en la “gestión y análisis de las comunicaciones que realicen los ciudadanos a través de los canales existentes a tal efecto”.

En el Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2015 aparece publicada la Orden PRE/1325/2015, de 30 de junio, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de la Presidencia y sus organismos públicos adscritos, entre los cuales se encuentra el fichero denominado igualmente “Departamento de



comunicación con los ciudadanos”, y se establece como finalidad del fichero y usos previstos para el mismo: Gestión y análisis de las comunicaciones con los ciudadanos. Creación, consulta, análisis, modificación e histórico de los datos.

Como puede observarse, las finalidades de dicho fichero son coincidentes con la finalidad que para el propio Departamento de Comunicación con los Ciudadanos estableció su Real Decreto creado, que ya hemos mencionado. No se incluye entre dichas finalidades el mantener una correspondencia con los ciudadanos más allá de la necesaria para el objeto de creación del fichero, que puede entenderse que consiste por un lado en contestar las comunicaciones que realicen los ciudadanos, y por otro lado y desde el punto de vista interno de la Administración, la gestión y análisis de dichas comunicaciones.

No siendo por tanto la felicitación navideña una de las finalidades estrictamente previstas para las cuales los datos fueran recogidos, no existiría por lo tanto base jurídica derivada del consentimiento del afectado que permitiese tratar sus datos para enviarle una felicitación navideña (salvo los supuestos, ciertamente, en que dicho consentimiento exista individualmente considerado, lo que no parece que sea el caso).

Como ha dicho el Tribunal Constitucional en su STC 39/2016, de 3 de marzo:

Debe existir, así, una relación directa entre la finalidad que justifica el fichero y los datos personales que se recaban y que afectan a los derechos de las personas. Además, de conformidad con el apartado 2 del citado art. 4 LOPD, < los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos >. La utilización de un fichero para finalidades incompatibles representa una vulneración del principio de calidad, así como del principio de consentimiento e información...

Como cita la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 febrero 2014 (Rec. 97/2013),

Respecto de la interpretación del término finalidades incompatibles la SAN de 17 de marzo de 2004 (Rec. 641/2001 ) señala "Cuando el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 se refiere a finalidad incompatible está utilizando una expresión inspirada en el artículo 1.b) de la Directiva 95/46, CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, para la transposición del término incompatibles resulta confusa y equívoca y como tal ha quedado plasmada en el derecho español. Baste señalar que un dato de carácter personal recabado para una determinada finalidad puede ser indebidamente utilizado para otra actividad diferente, que sin embargo no sea estrictamente utilizada con aquella. Aplicando de forma literalista el artículo 4.2 de la Ley Orgánica, quedaría privado de sentido y vaciado de contenido y para evitar este resultado indeseable esta Sala considera que lo que prohíbe el precepto es que los datos de carácter personal se utilicen para una finalidad distinta de aquella para la que han sido recogidos". Es decir, si la recogida o entrega de datos de carácter personal se realizó con unos fines determinados, cualquier uso o tratamiento posterior que no esté en consonancia con las finalidades para las que fueron facilitados y sobre las que el afectado no consintió, es incompatible con la finalidad que determinó la entrega, utilizando la LOPD la expresión "finalidades incompatibles" en el sentido de "finalidades distintas".

Cabría analizar si podríamos encontrarnos ante una finalidad que fuera compatible, o en la redacción de la LOPD, ante una finalidad que "no fuera incompatible". Y cabe entender que tampoco sería éste el caso: en primer lugar porque la ley parece entender que tan sólo no son incompatibles las finalidades de carácter "histórico, estadístico o científico". Pero aunque se entendiera de una manera más amplia, que ya hemos visto que no es compartida en principio por la Audiencia Nacional, podemos acudir al Considerando (50) 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). Dicho Reglamento está ya en vigor, aunque no sea aún aplicable hasta el 25 de mayo 2018, si bien el Tribunal Supremo ha considerado que la normativa en vigor habrá de ser interpretada de conformidad con el mismo: por ejemplo, en Sentencia de 21 julio de 2016, Rec. 3275/2015: "Si bien su entrada en vigor se produce a los veinte días de su publicación y será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, sus determinaciones pueden considerarse y valorarse a efectos de la mejor comprensión del alcance de las cuestiones que se suscitan en este proceso".

El citado Considerando (50), en lo que aquí interesa, establece: Con objeto de determinar si el fin del tratamiento ulterior es compatible con el fin de la recogida inicial de los datos personales, el responsable del tratamiento, tras haber cumplido todos los requisitos para la licitud del tratamiento original, debe tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier relación entre estos fines y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se recogieron los datos, en particular las expectativas razonables del interesado basadas en su relación con el responsable en cuanto a su uso posterior, la naturaleza de los datos personales, las consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto y la existencia de garantías adecuadas tanto en la operación de tratamiento original como en la operación de tratamiento ulterior prevista.

A estos efectos, y dado que no se cita ninguna base jurídica por la consultante para el tratamiento pretendido, y no parece tampoco que se dé ninguna base jurídica para el tratamiento sin el consentimiento del afectado (autorización mediante ley o norma comunitaria, existencia de un contrato o relación jurídica con el afectado cuyo desarrollo lo requiera, etc. de las previstas en el art. 10 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD)), no parece que de un análisis de la circunstancias previstas en el citado Considerando (50) del Reglamento UE pueda entenderse existente en el presente caso una circunstancia que legitime dicho tratamiento: no parece que exista una relación clara entre los fines originales de análisis y gestión de la información por el departamento de comunicación y el envío de una felicitación navideña; en cuanto al contexto en que se recogieron los datos, –una relación de tipo público-administrativo- tampoco parece propicia a considerar que exista una expectativa razonable del interesado de recibir una felicitación navideña basada en el envío de su petición de información a Presidencia del Gobierno, etcétera.

En definitiva, no parece que pueda considerarse que la utilización o tratamiento de los datos personales para el envío de una felicitación navideña sea una finalidad compatible con la finalidad prevista en el fichero que legitimó en su momento la recogida de los datos personales.

### **3.- Prevalencia de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados frente al interés legítimo del responsable o de los terceros.**

Por consiguiente, la incompatibilidad de fines determinaría, por si sola, la improcedencia de considerar lícito el tratamiento de los datos personales publicados con fines de evaluación de la solvencia. No obstante lo anterior, concurren otras circunstancias que determinarían igualmente, que la “prueba de sopesamiento” se decante a favor de los interesados.

En primer lugar, en cuanto al **interés legítimo**, el Código de Conducta confunde, de nuevo, dicho interés con la finalidad pretendida con el tratamiento, interés el alegado que en realidad corresponde a terceros que, en el presente caso, no participan en el sistema como corresponsables, ya que no facilitan la información, de modo que únicamente actuarán como responsables de los datos una vez que se los comuniquen los responsables del sistema, no estando obligados por una norma dichos responsables (normalmente entidades que conceden un crédito, de un modo u otro) a solicitar los mismos de los responsables del sistema ya que, como hemos visto al tratar los ficheros positivos, la obligación legal de evaluar la solvencia se puede cumplir por otros muchos medios.

Por tanto, en el presente caso, el único interés legítimo sería el de los responsables, basado en la obtención de un beneficio económico, que, como se ha señalado al tratar los ficheros positivos, es un interés legítimo, pero que no significa que prevalezca sobre la protección de datos de las personas, habiendo sentado nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), como doctrina de interés casacional, en la Sentencia núm. 815/2020, de 18 de junio (reiterada en las número 839/2020, 840/2020 y 853/2020, todas de 22 de junio de 2020) que “los intereses comerciales de una empresa responsable de un fichero de datos han de ceder ante el interés legítimo del titular de los datos en la protección de los mismos”.

En cuanto a los **intereses o derechos y libertades fundamentales de los interesados**, hay que destacar, especialmente, el mayor riesgo que supone para los mismos que la información no sea exacta, riesgo que se incrementa al tratarse de datos que obran en fuentes públicas y que el responsable carece de medios para poder verificar su exactitud, teniendo en cuenta, incluso, que solo en el supuesto de los registros públicos podrá considerarse, atendiendo a los

requisitos señalados en el artículo 4 de la LOPDGDD, que dicha inexactitud no es imputable al responsable.

Esta circunstancia es contemplada en el Código de Conducta, que reconoce expresamente que “Sin duda, los derechos e intereses de las personas se pueden ver perjudicados gravemente si se difunden informaciones erróneas sobre incumplimientos de pago. Es sumamente importante que se adopten mecanismos eficaces para asegurar que la información que se incluye en los sistemas sea exacta y puesta al día”.

Sin embargo, los mecanismos previstos para asegurar la exactitud y actualización de los datos son claramente insuficientes, haciendo recaer en los propios afectados esa obligación que únicamente incumbe al responsable del tratamiento, de acuerdo con el principio de responsabilidad proactiva que se recoge en el artículo 5.2. del RGPD.

Así, el Código de Conducta prevé que se pueda proceder al tratamiento de los datos, incluyéndolos en el sistema y comunicándose a quienes lo soliciten, sin perjuicio de que se comunique a los interesados a fin de que puedan ejercer, si lo estiman oportuno, sus derechos. Para ello, prevé que solo se incorporarán aquellos datos en los que figure una dirección postal o electrónica, lo que incrementa el riesgo de que la información obrante en el sistema sea incompleta, ya que solo se incluiría la que contuviera dichos datos, pudiendo, además, dar lugar a supuestos de discriminación respecto de quienes no han facilitado los mismos. Asimismo, hay que tener en cuenta que, en determinados supuestos, la publicación de los actos administrativos responde, precisamente, a que la notificación personal ha resultado infructuosa, debido, por ejemplo, a errores o la falta de actualización de los datos correspondientes a la dirección postal o electrónica, circunstancia que el Código pretende paliar estableciendo que “se cesará el tratamiento en aquellos casos en que la notificación resulte devuelta por una causa distinta de haber sido rehusada”, lo que no contempla el caso de que se trate de una dirección de correo electrónica errónea o a la que no acceda el afectado, ni evita que se haya procedido al tratamiento hasta que se reciba la devolución. Por otro lado, se prevé asimismo que la notificación se pueda realizar al teléfono que conste en la fuente de la que se hayan obtenido los datos, sin que se haya analizado el impacto de la misma. En todo caso, tanto la identificación de aquellos supuestos en los que en la información publicada conste una dirección postal o electrónica como la práctica de estas notificaciones supondrían un nuevo tratamiento de dichos datos para la finalidad de contactar con el interesado, sin que se haya realizado ponderación alguna respecto del mismo.

Por otro lado, no prevé un periodo de tiempo durante el cual no se tratarán los datos en tanto en cuanto el interesado no haya tenido la oportunidad de ser informado del tratamiento y oponerse al mismo, que es una de las principales garantías que, para los sistemas referidos al incumplimiento de obligaciones, se recoge en el artículo 20.1.c) de la LOPDGDD. En el presente caso, la necesidad de dicha garantía resultaría imprescindible, teniendo en cuenta que, además, el interesado no ha sido previamente informado de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas.

En este punto, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo respecto de la obligación de informar al afectado de su derecho a oponerse expresamente, prevista en el artículo 21.4 del RGPD, siempre que la base jurídica invocada sea el interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD. De acuerdo con dicha doctrina, el Tribunal Supremo requiere que, en caso de que el responsable utilice como base el “interés legítimo”, el interesado tiene que haber tenido la posibilidad de “oponerse expresamente”, tal y como se recoge, entre otras en la Sentencia 1477/2020, de 10 de noviembre de 2020 (Rec. 4713/2019), referidas a un supuesto de mercadotecnia:

“Ahora bien, el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige, según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, tal como se dispone en el considerando 70 y en el art. 21 de dicha norma”.

En realidad, este argumento sería aplicable a cualquier tratamiento por interés legítimo porque, aunque el Considerando 70 RGPD menciona sólo a la mercadotecnia, el art. 21.4 RGPD no distingue ente mercadotecnia y otros usos del interés legítimo en lo que se refiere a la necesidad de que el responsable comunique al interesado, explícitamente, que sus datos van a ser tratados sobre la base del interés legítimo Y el interesado puede oponerse a todo tratamiento basado en el interés legítimo. Y para ello necesita que se lo comunique el responsable expresamente.

Por otro lado, en relación con la actualización de los datos, se hace recaer dicha obligación en el propio afectado, dado que, como se señalaba anteriormente, el propio responsable carece de los medios para proceder a la

misma. Sin perjuicio de que el Código pretenda facilitar el ejercicio de los derechos de los afectados, incluso reconociendo, con carácter general, la supresión de la información a la mera solicitud del afectado, sin necesidad de acreditación del hecho de que la deuda haya sido pagada o se haya extinguido, la admisión de dicho mecanismo implicaría trasladar la carga de acreditar la exactitud de los datos del responsable al afectado, convirtiendo, de este modo, un derecho en una obligación. Además, no se concreta el tiempo durante el cual se podrán seguir tratando los datos, limitándose a señalar “Para paliar la falta de actualizaciones de la información en la fuente de origen, los Sujetos Obligados establecerán unos periodos de retención de datos suficientemente cortos para paliar, en la medida de lo posible, la falta de publicación de actualizaciones de datos en la fuente de origen, y en todo caso iguales o inferiores al plazo de cinco años previsto en el art. 20.1.d)” lo que permitiría tratar datos inexactos durante un periodo de 5 años.

En cuanto a la previsión de que no se tratarán categorías especiales de datos ni datos relativos a infracciones administrativas, no es ninguna garantía adicional sino resultado de aplicación de lo previsto en el artículo 9 del RGPD y en el artículo 27 de la LOPDGDD.

**Por consiguiente, esta Agencia considera prevalentes los intereses de los afectados, sin que pueda admitirse, tal y como se señala en el Código de Conducta, que exista una expectativa razonable de los interesados de que se va a proceder a dicho tratamiento porque “se lleva produciendo durante décadas en nuestro país”, como pone de manifiesto las numerosas reclamaciones que se reciben en la Agencia en relación con la inclusión de los datos personales en este tipo de ficheros, por ejemplo, en el de Fichero de Reclamaciones Judiciales y Organismos Públicos.**

Por último, conviene recordar que este criterio es el que ha venido aplicando esta Agencia en otros supuestos similares, referidos, asimismo, a tratamientos de datos para analizar la solvencia de los afectados partiendo de datos públicos, como es el caso del Informe 372/2016:

La consulta plantea si sería posible, para enjuiciar la solvencia del contratante al tiempo de la contratación o renovación del contrato de seguro, el que la compañía de seguros pudiera tratar datos relativos a información estadística censal, datos catastrales públicos u otra información pública, como por ejemplo información de la Dirección de



General de Tráfico, sin necesidad del consentimiento del contratante sino basándose en el interés legítimo.

También plantea si puede “almacenarse” la información relativa a un domicilio o zona así como datos relativos a información catastral pública, información censal estadística, bases de datos de normalización de direcciones lícitamente comercializadas, o información suministrada u obtenida de la Dirección General de Tráfico asociada a la matrícula del vehículo, todo ello con la finalidad de poder realizar la tramitación de la contratación o renovación de la póliza con celeridad.

Y por último plantea si existiría un interés legítimo para realizar actividades de mercadotecnia al objeto de remitir comunicaciones comerciales a ciertos perfiles previamente elaborados para ajustar las ofertas al perfil particular de cada sujeto y remitir las ofertas de productos de ramos distintos del contratado.

Cabe comenzar diciendo que el presente informe va destinado exclusivamente a responder a las consultas desde el punto de vista estrictamente de la legislación de protección de datos, sin que quepa entrar en la factibilidad o legalidad de lo que pretende desde el punto de vista de la legislación de seguros, ya que ello corresponderá en su caso al regulador sectorial.

Pues bien, desde este punto de vista cabe comenzar exponiendo que, tal y como resulta los documentos que como anexo a su consulta aporta la parte consultante, se trata de utilizar información sobre la solvencia de los particulares, con independencia, (esto es, además) del propio riesgo asegurado, para determinar la prima de seguro. Dicha información la propone extraer la consultante de determinados registros públicos (catastrales, de vehículos, bases de datos de normalización de direcciones etc.), de manera que dicha información se trataría sin el consentimiento del tomador del seguro, sobre la base de un pretendido interés legítimo.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, (LOPD) define en su art. 3 a) dato personal como

cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOPD) los define así: art. 5 f) Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Y art. 5.o) RLOPD: Persona identificable: toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.

De lo anterior se desprende que cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable será un dato personal y habrá de regularse de conformidad con lo establecido en la normativa de protección de datos.

La consultante plantea conectar toda la información que menciona en su consulta a una determinada persona física para determinar respecto de la misma lo que denomina, como resulta de los informes que aporta como Anexos, una “puntuación de seguros” que en definitiva son “clasificaciones confidenciales basadas en el historial crediticio” tal y como el estudio que aporta el consultante las llama. De acuerdo con las definiciones establecidas en las normas aplicables, incluso esta puntuación de seguros es un dato personal, puesto que concierne a una persona física identificada o identificable, dado que la compañía de seguros liga dicha información a una determinada persona para establecer la prima. La propia consultante reconoce esta circunstancia al alegar que considera aplicable el principio de interés legítimo, que es una de las circunstancias que la ley permite para el tratamiento de datos personales.

Al tratarse de datos personales, habrá que estudiar la base jurídica de dicho tratamiento. El principio general establecido en el artículo 6.1

LOPD es el de la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado. No obstante, es preciso indicar que el catálogo de supuestos legitimadores del tratamiento se ha visto ampliado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, por la que se resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en los recursos interpuestos contra el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. A su vez, el marco se ve igualmente afectado por las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 8 de febrero de 2012, por las que se resuelven los mencionados recursos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia ha declarado expresamente el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, según el cual “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”. Por ello, dicho precepto deberá ser tomado directamente en cuenta en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal por los Estados Miembros, y en consecuencia por esta Agencia Española de Protección de Datos, dado que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2012 “produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión”.

Tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su apartado 38, el artículo 7 f) de la Directiva “establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado” y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma “dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que

los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado”.

Por este motivo, la sentencia señala en su apartado 46 que los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 95/46, deberán “procurar basarse en una interpretación de ésta que les permita garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por lo, conforme a su apartado 47 que “nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación”.

Por tanto, para determinar si procedería la aplicación del citado precepto habrá de aplicarse la regla de ponderación prevista en el mismo; es decir, será necesario valorar si en el supuesto concreto objeto de análisis existirá un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la LOPD, según el cual “la presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” o si, por el contrario, dichos derechos fundamentales o intereses de los interesados a los que se refiera el tratamiento de los datos han de prevalecer sobre el interés legítimo en que el responsable pretende fundamentar el tratamiento de los datos de carácter personal.

De este modo, a efectos de efectuar la necesaria ponderación exigida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deberá plantearse si, atendiendo a las circunstancias concretas que se producen en el presente supuesto, el interés alegado por el consultante de tratar determinados datos personales debe prevalecer sobre el derecho a la protección de datos de los afectados cuyos datos sean objeto de dicho tratamiento.

El art. 6.1 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), vigente pero aún no aplicable, -aunque sus determinaciones podrán considerarse y

valorarse para el alcance de las cuestiones que se planteen, STS 21 julio 2016, entre otras- establece una regulación similar del interés legítimo a la establecida la Directiva 95/46/CE. Así se requieren dos condiciones: a) que el tratamiento sea “necesario” para la satisfacción de los intereses legítimos del responsable del tratamiento, y b) y que dichos intereses prevalezcan sobre los “intereses” o los “derechos y libertades fundamentales” del interesado que requiera la protección de los datos personales.

Esta AEPD considera que los datos personales cuyo tratamiento pretende el consultante no son “necesarios”. No cabe confundir necesidad con conveniencia. El enjuiciamiento de la solvencia económica podría considerarse, de conformidad con los términos de la consulta, conveniente, pero en ningún caso necesario para la contratación de un seguro. El riesgo de crédito o de solvencia económica del deudor es un riesgo que en absoluto es privativo de una compañía de seguros, sino propio de cualquier relación comercial o financiera. Por lo anterior falta ya una de las condiciones necesarias para considerar el interés legítimo como base jurídica legitimadora del tratamiento de datos en el presente supuesto

A mayor abundamiento, incluso aunque se considerase que concurre dicha necesidad, la ponderación de las circunstancias en el presente caso lleva a considerar que han de prevalecer los intereses y los derechos y libertades fundamentales del interesado que requiera la protección de los datos personales. El consultante en su consulta parece confundir el hecho de que determinados datos socioeconómicos a los que pretende acceder consten en registros públicos y se pueda acceder a los mismos con el hecho de que dichos datos pueda ser tratados por un responsable distinto del responsable de dicho registro público, puesto que ciertamente las finalidades no concurre en ambos casos la misma finalidad. Así, en diversas ocasiones relacionadas con datos que el consultante considera públicos razona que respecto de los mismos y por parte del interesado “no existe una expectativa razonable de privacidad”, lo que determinaría, según el consultante, que no se requiera su consentimiento. Pues bien, dicho razonamiento asimila, como ocurre bastante a menudo, el derecho a la intimidad previsto en el artículo 18.1 CE con el derecho a la autodeterminación informativa previsto en el artículo 18.4 CE, siendo así que este último se extiende también a los datos respecto de los cuales el consultante considera que “no existe una expectativa razonable de privacidad”. Algún autor define la autodeterminación informativa como la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente los almacenados mediante medios informáticos.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 de 30 de noviembre, que resolvió recurso de inconstitucionalidad núm. 1463-2000, interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el Tribunal Constitucional realiza una clara y marcada diferenciación entre los conceptos de intimidad y protección de datos personales argumentando que “La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran...la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.”

En definitiva, a juicio del Tribunal Constitucional puede decirse que si el derecho a la intimidad aspira a garantizar al individuo un ámbito de reserva, y excluirlo del conocimiento ajeno, el derecho a la autodeterminación informativa reconoce a la persona un poder de control sobre la información personal que le concierne, sobre su utilización y destino, para así evitar utilizaciones ilícitas.

Por otra parte, como señala el Tribunal Constitucional en su STC 39/2016, de 3 de marzo: En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]

Estimamos que no se cumple cuando menos el juicio de necesidad, como ha quedado dicho dado que se confunde necesidad con conveniencia en la consulta; y además no se considera ponderada o equilibrada la ponderación de intereses propuesta por el consultante puesto que entendemos que no se derivarían para el interés general mayores beneficios o ventajas que perjuicios habida cuenta de los valores en conflicto. El derecho de los interesados a su autodeterminación informativa, esto es, su poder de disposición sobre los datos que les competen ha de prevalecer en el presente caso sobre lo que el consultante considerará su interés legítimo. Es más, el artículo 6.1 f) del RGPD no se limita a proteger en el juicio de ponderación que realiza entre los intereses legítimos del responsable y los del interesado los “derechos y libertades” de éstos, sino que el RGPD permiten la ponderación también con los “intereses” del interesado, y hay que considerar que el interesado tiene un interés legítimo que prevalece sobre el interés legítimo del responsable en conocer y dar su consentimiento para el tratamiento de determinados datos personales que van a influir en definitiva, en el presente caso, en la prima del contrato de seguro.

En cualquier caso, y respecto de la jurisprudencia de los tribunales, ya la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los denominados “contratos de scoring” en las relaciones con empresas de servicios. De hecho, en la “cláusula LOPD” presentada como Anexo I de su consulta, el consultante establece como una finalidad del tratamiento de los datos personales que pretende llevara cabo “la realización de estudios y modelos estadísticos y realización de encuestas, scorings (...)”, (para los cuales no presenta una casilla específica en virtud de la cual puedan los interesados excluir determinados tratamientos), y respecto de los cuales se comunica a los interesados que “podrán utilizarse los datos relativos a su persona procedentes de ficheros titularidad de terceras entidades, tales como catastro, ficheros de la dirección General de tráfico, ficheros SINCO, ficheros de solvencia patrimonial y crédito así como con datos externos estadísticos (sic)” igualmente sin necesidad de prestar su consentimiento.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2002 (Rec. 732/2000), con cita de otras dos, establece:

Ahora bien, precisamente en nuestras SAN (1ª) de 14 de junio de 2002 (Rec 650/2001) y 18 de enero de 2002 (Rec 924/2000) ya dijimos que “las relaciones que unen a la entidad sancionada con sus clientes únicamente le facultan para la realización de los tratamientos precisos para la prestación del servicio y para que el cliente abone la contraprestación, no para la elaboración de un perfil de solvencia sobre



los mismos, que requiere el consentimiento previo y específico de los afectados y no resulta necesario para el desenvolvimiento del contrato".  
(...)

En el caso de la consulta nos encontramos en un caso similar: la relación que une a la empresa de seguros con el interesado no faculta en ningún caso para la elaboración de un perfil de solvencia, sino tan sólo faculta a la primera para el tratamiento de los datos precisos para la prestación contractual, y ello aun así exclusivamente si se considerasen dichos datos "adecuados, pertinentes y no excesivos" en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para los que dichos datos se hubieran obtenido, (art. 4 LOPD), -lo que además requeriría un examen caso a caso que no cabe realizar en este momento-.

La segunda cuestión planteada por la consultante ha de ser respondida de acuerdo con la misma línea argumental. El "almacenamiento" de la información referida a un domicilio o zona así como el resto de datos detallados en los puntos 8.11.1 a 8.11.4 de la consulta supone un verdadero "tratamiento de datos", tal y como lo define el art. 3 c) LOPD: c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

El artículo 6.1 LOPD establece que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado; y ya hemos considerado al analizar la existencia de un pretendido interés legítimo, que no concurre la "necesidad" y que del examen y ponderación de los intereses y derechos en juego no resulta que hayan de prevalecer los intereses del consultante sobre los intereses, derechos o libertades del interesado.

En cuanto a la tercera cuestión planteada, cabe dar igualmente una respuesta negativa. Y ello en primer lugar porque, tal y como resulta del planteamiento de la cuestión, la misma se basa en la utilización de los datos socioeconómicos que ya han sido considerados con anterioridad en este informe que su tratamiento necesita (si se considerasen "adecuados, pertinentes y no excesivos") del consentimiento de los interesados. No cabe pretender por esta vía indirecta que el uso de determinada información para la cual se requiere consentimiento del interesado sea legítimo sobre la base del interés legítimo cuando se

pretenden realizar actividades de mercadotecnia mediante la utilización de dicha información.

En segundo lugar cabe dar igualmente una respuesta negativa porque la consulta parte de una premisa que no se considera suficiente. El consultante entiende que existe una expectativa razonable del consumidor que contrató un producto de recibir publicidad de productos similares. El interés legítimo previsto en el artículo 7 f) de la Directiva requiere, como ya hemos visto, que dicho tratamiento será necesario para la satisfacción del interés legítimo, y que exista una ponderación entre los intereses legítimos del responsable del tratamiento y los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado en la que prevalezcan los primeros.

Pues bien, cabe concluir que también en el presente caso han de prevalecer los derechos o libertades fundamentales, o los intereses, de los interesados. Y además en todo caso no se considera que exista en la consulta un análisis o “prueba de sopesamiento” de la verdadera afectación a los intereses, derechos o libertades de los interesados, un análisis de la ponderación de los intereses en juego que tenga verdaderamente en cuenta los perjuicios que haya de sufrir los afectados. El Dictamen 6/2014 de 9 abril 2014, del grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 de la directiva 95/46/CE, reiteradamente citada por el consultante, contiene un párrafo esclarecedor al respecto:

Sin embargo, esto no quiere decir que los responsables del tratamiento puedan remitirse al artículo 7, letra f), como fundamento jurídico para supervisar de manera indebida las actividades en línea y fuera de línea de sus clientes, combinar enormes cantidades de datos sobre ellos, provenientes de diferentes fuentes, que fueran inicialmente recopilados en otros contextos y con fines diferentes, y crear —y, por ejemplo, con la intermediación de corredores de datos, también comerciar con ellos— perfiles complejos de las personalidades y preferencias de los clientes sin su conocimiento, sin un mecanismo viable de oposición, por no mencionar la ausencia de un consentimiento informado. Es probable que dicha actividad de elaboración de perfiles represente una intrusión importante en la privacidad del cliente y, cuando esto suceda, los intereses y derechos del interesado prevalecerán sobre el interés del responsable del tratamiento.

Dado que como se ha mantenido hasta el momento, y es también la opinión del grupo de trabajo del 29 en su dictamen 6/2014, esta Agencia considera que han de prevalecer en el presente caso los intereses o derechos o libertades fundamentales de los interesados en expresar su opinión mediante el consentimiento acerca de si desean recibir ofertas de productos distintos al contratado. No es un interés menor del interesado el no ser molestado con información no requerida, cuestión ésta cada vez de mayor importancia en el mundo actual y la situación tecnológica e informática existente. Por ello en aplicación de un criterio o juicio de necesidad y de proporcionalidad, no se considera prevalente el interés del responsable del tratamiento de enviar publicidad de sus productos sobre el interés de los interesados en no recibir la información que no han solicitado expresamente. Y ello, con mayor intensidad en el presente caso en el que el envío de dicha información se basa en la elaboración de determinados perfiles elaborados mediante la utilización de una información para la cual ya se ha considerado que igualmente se requiere para su tratamiento el consentimiento de los interesados.

Lo anterior cabe expresarlo precisamente mediante la utilización de un párrafo del dictamen 6/2014 tantas veces citado:

Si el responsable del tratamiento (...) puede perseguir cualquier interés, siempre que no sea ilegítimo, entonces el interesado deberá también tener derecho a que se tengan en cuenta todas las categorías de intereses que le afecten y a que se ponderen en relación con los intereses del responsable del tratamiento, en tanto en cuanto estén comprendidos en el ámbito de la Directiva. En un momento de creciente desequilibrio en el «poder de la información», cuando tanto los gobiernos como las organizaciones empresariales manejan cantidades de datos personales sin precedentes hasta ahora, y se encuentran cada vez más en una posición de compilar perfiles detallados que puedan predecir el comportamiento (reforzando el desequilibrio informativo y reduciendo la autonomía), resulta especialmente importante garantizar que se protege el derecho de las personas a preservar su privacidad y su autonomía.

**Partiendo de todo lo dicho hasta ahora, este Gabinete Jurídico considera que el tratamiento de los datos personales obrantes en fuentes públicas requiere, en primer lugar, que la finalidad pretendida con el nuevo tratamiento sea compatible con la finalidad que justificó la**

**publicación de los datos. Y que el hecho de que los datos figuren en fuentes públicas no determina, sin más, la prevalencia del interés legítimo de los responsables para proceder a su tratamiento, y si bien puede ser una circunstancia a ponderar favorable al mismo, debe atenderse al caso concreto, teniendo en cuenta los tipos de datos y el tratamiento que se pretende realizar, singularmente cuando lo que se pretende es realizar un perfilado de los mismos aprovechando las ventajas que ofrece la tecnología.**

Como señala el Considerando 6 del RGPD:

La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.

En el momento actual, a diferencia de lo que ocurría en épocas anteriores, se ha incrementado el volumen de datos personales obrantes en fuentes públicas, debido, en muchas ocasiones, a unas mayores obligaciones de transparencia impuestas legalmente no solo a los poderes públicos, sino también a entidades privadas, como son las recogidas para las sociedades cotizadas en el Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores.

El mayor número de información disponible, unido a las técnicas de tratamiento masivo de la misma, que permiten tener un conocimiento muy preciso de las personas, requieren que se adopten todas las garantías necesarias para garantizar un elevado nivel de protección de los datos personales, lo que debe tenerse particularmente en cuenta cuando se trata de datos obtenidos de fuentes públicas y que pueden ser tratados sin el conocimiento de los afectados, quedando, de este modo, privados del poder de control sobre sus propios datos personales.

### III. OTROS CONTENIDOS.

En cuanto al resto del contenido, el mismo merece para la Subdirección General RGPD una valoración general positiva, considerando que responde a necesidades particulares del promotor, facilita y especifica la aplicación del RGPD y proporciona garantías suficientes.

No obstante, este Gabinete Jurídico considera necesario realizar las siguientes observaciones:

1.- En primer lugar, y tal y como ya se ha adelantado con anterioridad, debe partirse necesariamente de la configuración de los códigos de conducta previstos en el artículo 40 del RGPD como una **herramienta de cumplimiento** del mismo, estableciendo, como veremos posteriormente, obligaciones concretas y exigibles, adecuadas a las especificidades de los distintos sectores de tratamiento. Por consiguiente, **lo que no puede pretenderse es establecer, mediante su aprobación por parte de la autoridad de control, una legitimidad general de tratamientos concretos eximiendo de su valoración por el responsable en el caso particular y atendiendo a las distintas circunstancias concurrentes en el concreto tratamiento que se pretenda realizar.** Esto último es lo que se pretende en el presente caso, estableciendo sucesivas presunciones generales de prevalencia del interés legítimo de los responsables o terceros, cuya adecuada ponderación dependerá, en todo caso, de los concretos tratamientos que se pretendan realizar por cada Sujeto Obligado y que se apartan, de este modo, del contenido propio de un código de conducta.

2.- En la regulación genérica contenida en el código se observa una reiteración continuada a lo largo de su articulado del contenido del RGPD. En muchas ocasiones, dicha reiteración es literal, mientras que en otras es parcial o incompleta, utilizándose términos diferentes, lo que puede inducir a error. Así se observa en muchas de las definiciones contenidas en el artículo 1, en el que no se deberían reproducir las que ya se encuentran en el RGPD; o en los principios del tratamiento recogidos en el artículo 5 del RGPD y a los que se hace referencia, de manera incompleta, en el artículo 5 del código, destacando notoriamente la omisión del principio de responsabilidad proactiva y vinculándolos únicamente a la recogida de datos, sin tener en cuenta que los mismos se aplican a todo tratamiento de datos personales, tal y como se define en el artículo 4 del RGPD; o en la regulación de los derechos de los afectados en los artículos 14 a 18; o en el primer párrafo del artículo 21, en el que se recoge parte del contenido del artículo 32 del RGPD; o en el artículo 22, cuyo primer párrafo parece limitar los supuestos en que serán de aplicación las políticas que garanticen los principios de privacidad por diseño y privacidad por defecto, que son aplicables a todo supuesto que implique un tratamiento de datos de carácter personal; o el mismo artículo 22, que al identificar

posteriormente determinados supuestos en los que no se pondrán en producción los sistemas, herramientas, productos o bases de datos, lo hace de nuevo de manera incompleta, ya que no podrán ponerse en producción en cualquier supuesto en el incumplan la normativa de protección de datos personales.

**A este respecto, debe evitarse reproducir en el código el contenido de los artículos del RGPD**, teniendo en cuenta, en cualquier caso, que como recuerdan las Directrices 1/2019 (apartado 37) el código no debe limitarse a reiterar el RGPD, (repetir lo establecido en la legislación en materia de protección de datos fue una característica habitual de los proyectos de código rechazados que se presentaron al GT29 para solicitar su aprobación), sino que debe codificar cómo ha de aplicarse el RGPD de forma específica, práctica y precisa. Por eso mismo, el código tampoco es una guía genérica de aplicación del RGPD. **Únicamente deberán recogerse en el código las referencias precisas al RGPD que sean necesarias para su adecuada comprensión, incluyendo la referencia expresa al mismo de manera que no quepa duda de que es una obligación impuesta por el RGPD y no por el código, y siempre que en el conjunto de su contenido se establezcan las especificaciones necesarias. Por ello, debería revisarse la redacción de todo el código de conducta al objeto de suprimir las reproducciones del RGPD que resulten innecesarias, incluyendo, en su caso, la remisión al artículo correspondiente.**

3.- Una de las principales singularidades del código, dado el ámbito de actuación de los sujetos obligados, es la regulación de las **fuentes de acceso público**, que incluso en el artículo 3 letra b) se equiparan, sin más, a un supuesto de licitud del tratamiento (“ya sea con datos tomados de fuentes de acceso público o tratados bajo otro supuesto de licitud del tratamiento”). A estos efectos, su artículo 8 pretende recoger una definición de fuentes públicas de uso en el sector infomediario, en el que se recogen parte de los caracteres de dichas fuentes tal y como eran definidas por la LOPD (como es la relativa que puedan ser consultadas por cualquier persona sin restricción general de acceso a determinadas categorías de usuarios, incluso cuando sea necesario el pago de una contraprestación económica por el acceso) pero evitando la enumeración restrictiva que se contenía en dicha ley, optando, al contrario, por establecer un numerus apertus de dichas fuentes, al señalar que “los ejemplos de fuentes públicas de uso en el sector que aparecen en dichos Anexos no tienen el carácter de lista cerrada o limitativa, por lo que no excluye la posibilidad de que existan otras posibles fuentes públicas de uso en el sector, cuyos datos puedan ser tratados sobre la base de licitud del interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero”. Y, asimismo, se reconoce “que es previsible que la cantidad y calidad de los datos públicamente accesibles se incremente en un futuro cercano (“Big Data”).

No obstante, tal y como se ha analizado anteriormente en relación con los tratamientos de la información sobre solvencia patrimonial con datos



obtenidos de fuentes públicas o que el interesado haya hecho manifiestamente públicos, la circunstancia de que los datos obren en dichas fuentes no determina, sin más, la licitud del tratamiento, sino que deben tenerse en cuenta las limitaciones derivadas de la aplicación de todos los principios contenidos en el artículo 5 del RGPD, especialmente, el de limitación de la finalidad.

**Por consiguiente, además de suprimir las expresiones justificativas contenidas en el párrafo segundo, incluida la referida al Big Data, más propias de una memoria que del contenido obligatorio del código de conducta, debe incluirse necesariamente en el mismo el respeto a los principios del artículo 5 del RGPD y, singularmente, al principio de limitación de la finalidad y a la necesaria compatibilidad de los fines, tal y como se ha analizado detalladamente con anterioridad.**

4.- El artículo 6 regula la recogida de datos a través de páginas web, recogiendo en su apartado b) la forma de cumplir con el deber de información “por capas”, señalando que en la primera capa se facilitará la identidad del responsable del tratamiento, una información concisa acerca de los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales, e información acerca de la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22. **Dicha enumeración no respeta lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPDGDD, que señala que “si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia.** En este caso, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concorra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

5.- **El artículo 9 regula el principio de exactitud**, cuyo cumplimiento plantea especiales dificultades en este ámbito, habida cuenta a de que los datos se obtienen, en muchas ocasiones, de fuentes públicas, lo que exige la adopción de especiales cautelas por parte de los responsables o, incluso, la imposibilidad de proceder al tratamiento cuando se carece de los medios necesarios para garantizar dicha exactitud, tal y como se ha analizado anteriormente. **Por tanto, dicho precepto debería recoger, en primer lugar, la obligación de los Sujetos Obligados de habilitar los procedimientos adecuados para garantizar que no tratan datos inexactos.**

Por otro lado, esta Agencia no puede asumir la extensión que se pretende en el código de considerar cumplido el principio de exactitud en el supuesto de que “las diferentes normas reguladoras de las fuentes públicas del uso del sector, hubiesen declarado el “carácter oficial y auténtico” de su contenido”, ya que dicho carácter nada tiene que ver con la presunción de exactitud que contienen las distintas normas reguladoras de los registros públicos a que se refiere el artículo 4.2. d) de la LOPDGDD.



6.- **En muchos supuestos, el código no refleja más que meras recomendaciones, lo que afecta al carácter vinculante del mismo.** A este respecto, hay que partir de la configuración de los códigos de conducta como un mecanismo de autorregulación derivado de la autonomía de la voluntad y que se convierte en fuente de normas jurídicamente vinculantes para los que se adhieren voluntariamente al mismo, contribuyen, de este modo, a concretar la aplicación del ordenamiento jurídico vigente, que deberán respetar en todo momento. Por ello, entiende este Gabinete Jurídico, que la necesidad de establecer obligaciones jurídicamente exigibles es consustancial a la propia naturaleza de los códigos de conducta, vinculando a aquellos que libremente lo han suscrito. La necesidad de que los códigos de conducta tengan un contenido obligatorio deriva, asimismo, del propio RGPD y de la importante función que atribuye a los mismos respecto del cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva. A este respecto, el artículo 40.4 del RGPD dispone que “El código de conducta a que se refiere el apartado 2 del presente artículo **contendrá** mecanismos que permitan al organismo mencionado en el artículo 41, apartado 1, efectuar el **control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados de tratamiento** que se comprometan a aplicarlo, sin perjuicio de las funciones y los poderes de las autoridades de control que sean competentes con arreglo al artículo 51 o 56”. Por consiguiente, no son admisibles en un código de conducta las meras recomendaciones, que deben suprimirse del mismo, al no ser posible su **control obligatorio**. Del mismo modo, el artículo 40.3, cuando prevé la adhesión al código de responsables o encargados del tratamiento a los que no aplica el RGPD, requiere que asuman “**compromisos vinculantes y exigibles, por vía contractual o mediante otros instrumentos jurídicamente vinculantes, para aplicar dichas garantías adecuadas**”, careciendo de sentido la exigencia un compromiso jurídicamente vinculante respecto a meras recomendaciones. En este mismo sentido, el apartado 37 de las Directrices 1/2019, se refiere a **normas y reglas**, lo que denota su carácter obligatorio: “Las normas y reglas acordadas deberán ser inequívocas, concretas, asequibles y aplicables (verificables). El establecimiento de normas específicas en un ámbito concreto es un método aceptable por medio del cual un código puede aportar valor añadido. El uso de terminología única y pertinente para dicho sector y la aportación de casos o ejemplos específicos de mejores prácticas puede contribuir a cumplir este requisito”.

En el presente caso, al objeto de aportar un verdadero valor añadido, sería necesario que dichas recomendaciones se hubieran traducido en obligaciones concretas, sin perjuicio de que se pudieran haber añadido ejemplos específicos de mejores prácticas o de “prácticas inaceptables”, como señalan las Directrices 1/2019, pero sin que sean admisibles las meras recomendaciones. Así resulta, por ejemplo, en las recomendaciones de anonimización o seudonimización reflejadas en el artículo 10, o la recomendación de contar con un Delegado de Protección de Datos en aquellos supuestos en que no sea obligatorio de acuerdo con la normativa del RGPD y

la LOPDGDD. Teniendo en cuenta, la actividad desarrollada por los Sujetos Obligados, la fuente de procedencia de los datos y el predominio del interés legítimo como base jurídica del tratamiento, sería más garantista que se estableciera dicha obligación como “valor añadido” del código.

7.- En cuanto a la graduación de las infracciones contenidas en el artículo 28, **la infracción consistente en recoger y tratar los datos de forma sistemática cuando no sean aplicables ninguna de las fuentes de licitud del artículo 6.1. del RGPD debería calificarse como infracción muy grave.**

8.- En cuanto a la regulación **de actividades específicas**, contenidas en los Anexos I, II y III, destaca que, en ningún momento, se identifican los datos personales que pueden ser objeto de tratamiento. Al objeto de valorar adecuadamente esta parte, hubiera sido necesario que se identificaran dichos datos en la documentación justificativa que no se ha aportado (memoria justificativa o, en su caso, análisis de riesgos o EIPD).

9.- En cuanto al **Anexo I, relativo a los servicios de información de relevancia económica sobre sociedades mercantiles y otras personas jurídicas, empresarios individuales y profesionales liberales**, deben realizarse las siguientes observaciones:

a) El artículo 2 establece una presunción de que los tratamientos de datos personales se encuentran amparados por el interés legítimo conforme al artículo 6.1.f) RGPD en tres supuestos que recoge en sus letras a), b) y c), señalando esta última que “Cuando se traten datos fuera del alcance, los criterios y/o, las finalidades de los anteriores apartados, el Sujeto Obligado o el tercero por cuenta de quien actúe aquella, deberán haber llevado a cabo una ponderación propia entre su interés legítimo y los derechos fundamentales de los interesados, que determine que el tratamiento pretendido no vulnera esos derechos fundamentales, debiendo en todo caso aplicar las medidas de seguridad necesarias”. Como puede observarse, **la letra c) no puede considerarse como un supuesto de presunción de dicho interés legítimo**, en la medida en que lo único que hace es recordar la obligación de realizar la correspondiente ponderación, recogiendo de manera parcial lo dispuesto en el artículo 6.1.f) RGPD, ya que el código se refiere únicamente a los “derechos fundamentales” de los interesados, mientras que **el concepto recogido en el artículo 6.1.f) es más amplio, tal y como se ha analizado detenidamente con anterioridad, comprendiendo los intereses, derechos y libertades fundamentales de los mismos. Además, deberán tenerse en cuenta todos los principios recogidos en el RGPD, incluido, tal y como se viene reiterando, el de limitación de la finalidad y el de responsabilidad proactiva y no solo la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias.** Por consiguiente, debería suprimirse dicho apartado que, dado su carácter abierto, no se refiere a ningún supuesto concreto ni ampara una presunción de interés legítimo, y recogerlo, en su caso, como un supuesto

diferenciado de dichas presunciones, adecuando su redacción a lo dispuesto en el RGPD.

b) El artículo 3, al analizar el interés legítimo del responsable o de los terceros, prevé el tratamiento de datos identificativos y de composición de los órganos de gobierno de las personas jurídicas “o de cualquier otra persona física que realice funciones en las mismas”. Teniendo en cuenta las finalidades previstas (que incluyen, además de la localización profesional, la puesta a disposición de productos y la prestación de servicios de cualquier índole sobre información de relevancia económica, como la emisión de informes comerciales) debería matizarse dicha afirmación, al objeto de evitar tratamientos excesivos de datos.

Por otro lado, para realizar la adecuada ponderación y no inducir a error, debe evitarse la referencia a otras bases jurídicas que puedan legitimar, siempre que concurren los requisitos del RGPD, el tratamiento de los datos personales, y que son ajenas al interés legítimo previsto en el artículo 6.1.f), como es el caso de la referencia al cumplimiento de obligaciones por parte de los clientes de los Sujetos Obligados (entre las que cita las correspondientes a prevención del blanqueo de capitales, normativa de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, etc.).

c) Al realizar la ponderación se citan, entre las fuentes de obtención de la información, además de las fuentes públicas (en las que deberá tenerse en consideración lo manifestado a lo largo del informe respecto a la necesidad de respetar todos los principios del artículo 5 del RGPD y, singularmente, el de limitación de la finalidad) los procedentes de “**encuestas telefónicas, digitales o presenciales** realizadas a la propia empresa, u obtenidos directamente del interesado o de otra persona autorizada de la empresa para facilitarlos en su nombre”. A este respecto, hay que tener en cuenta respecto de dichos datos que, si son datos personales, **su obtención supone la realización de un tratamiento que deberá cumplir con todos los requisitos del RGPD y no solo con el deber de informar y el derecho de oposición**, teniendo en cuenta que según los datos y la finalidad del tratamiento, deberá haberse identificado correctamente la base jurídica del tratamiento, y en el caso de que se trate del interés legítimo del artículo 6.1.f), haber realizado la ponderación oportuna, respecto de la que nada se dice en el código. **Al ser un tratamiento diferente, debería analizarse de manera separada y más detallada en el código.**

d) En cuanto al resto de fuentes públicas a las que se refiere la letra d), debe reiterarse la necesidad de cumplir con los principios del artículo 5 y que la ponderación debe tener en cuenta no solo los derechos fundamentales de los afectados, sino también sus libertades e intereses, como expone claramente el artículo 6.1.f) del RGPD.

e) El artículo 4 prevé, en relación con el cumplimiento del principio de transparencia cuando los datos provengan de fuentes públicas, la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 14.5.b) del RGPD, por considerar que **la obligación de informar constituye un esfuerzo desproporcionado**. A este respecto, debe recordarse la necesidad de realizar la correspondiente ponderación entre el esfuerzo que implica para el responsable facilitar la información al interesado y los efectos y la repercusión de no recibir la información para el interesado, debiendo documentar esta evaluación de conformidad con sus obligaciones de responsabilidad proactiva, tal y como se señala en el apartado 64 de las Directrices del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679. **En el presente caso, y por las razones que se viene exponiendo, dada la finalidad del código, debería haberse incluido dicha evaluación en la documentación justificativa que debería haberse aportado con la solicitud.**

Por otra parte, hay que tener en cuenta que 14.5. del RGPD supedita la excepción contenida en su letra b) a que se adopten las garantías adecuadas, siendo taxativo a este respecto: “En tales casos, el responsable adoptará medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado, inclusive haciendo pública la información”.

Por consiguiente, corresponde al responsable determinar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la finalidad y los riesgos del tratamiento, cuáles son las medidas adecuadas que permiten garantizar esa protección de los afectados, incluido no solo el conocimiento de la existencia del tratamiento, sino también y especialmente, la posibilidad de ejercer sus derechos, teniendo en cuenta que, en los supuestos en los que la base jurídica del tratamiento es el interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD, la obligación de informar sobre el derecho de oposición se encuentra reforzada en el artículo 21.4. del RGPD: “A más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información”. **Y, en la medida en que no puedan arbitrarse adecuadamente dichas medidas, no podrá procederse al tratamiento de los datos personales, por ser contrario al RGPD.**

En este punto, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, ya citada con anterioridad, respecto de la obligación de informar al afectado de su derecho a oponerse expresamente prevista en el artículo 21.4 del RGPD, siempre que la base jurídica invocada sea el interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD. De acuerdo con dicha doctrina, el Tribunal Supremo requiere que en caso de que el responsable utilice como base el “interés legítimo” el interesado tiene que haber tenido la posibilidad de “oponerse expresamente”, tal y como se recoge, entre otras en la Sentencia

1477/2020, de 10 de noviembre de 2020 (Rec. 4713/2019), referidas a un supuesto de mercadotecnia:

“Ahora bien, el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige, según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, tal como se dispone en el considerando 70 y en el art. 21 de dicha norma”.

En realidad, tal y como se indicaba anteriormente, este argumento sería aplicable a cualquier tratamiento por interés legítimo porque, aunque el Considerando 70 RGPD menciona sólo a la mercadotecnia, el art. 21.4 RGPD no distingue entre mercadotecnia y otros usos del interés legítimo en lo que se refiere a la necesidad de que el responsable comunique al interesado, explícitamente, que sus datos van a ser tratados sobre la base del interés legítimo Y el interesado puede oponerse a todo tratamiento basado en el interés legítimo. Y para ello necesita que se lo comunique el responsable expresamente.

En el presente caso, se prevén como garantías obligatorias, a adoptar por los sujetos obligados, la inclusión de la información referida en el artículo 14 del RGPD en un apartado claramente visible y de acceso libre y gratuito para cualquier interesado en la web del Sujeto Obligado, así como la inclusión en la página web de ASIEDIE de información sobre el hecho de que el Sujeto Obligado está realizando el tratamiento, con un enlace a la página web del Sujeto Obligado.

Dichas garantías son, a juicio de esta Agencia, claramente insuficientes para considerar adecuadamente protegidos los derechos, libertades e intereses legítimos de los interesados, y especialmente, para entender debidamente cumplido el deber de informar respecto del posible ejercicio del derecho de oposición, garantizando, de este modo, que los afectados dispongan de un verdadero poder de control de sus datos personales. Como puede observarse, el responsable hace recaer, una vez más, el cumplimiento de sus obligaciones en una actitud positiva de los afectados, en este caso, mediante el acceso a las respectivas páginas web, de modo que, aquellos que no accedan a las mismas no serán debidamente informados, imponiendo, asimismo, a los afectados, la carga de ejercer el derecho de acceso para conocer la propia existencia del tratamiento.

En consecuencia, al objeto de garantizar al afectado el control sobre sus datos personales, en los supuestos en que no se la solicitado el consentimiento expreso y previo, ni se han adoptado las medidas que garanticen adecuadamente la protección de sus derechos, libertades e intereses legítimos en los supuestos en que la comunicación de la información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, singularmente en relación al derecho de oposición en los supuestos en que la base jurídica sea el interés legítimo del

artículo 6.1.f) del RGPD, la consecuencia necesaria es que no puede procederse, lícitamente, al tratamiento de dichos datos.

f) El artículo 6, relativo a los **periodos de conservación de datos** no aporta nada, ya que se limita a señalar que los Sujetos Obligados realizarán el tratamiento de datos durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales. **Teniendo en cuenta la procedencia de los datos y la base jurídica para su tratamiento, hubiera sido más garantista el establecimiento de un plazo máximo de conservación.**

10.- En cuanto al **Anexo II, referido a los servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito**, se realizan las siguientes observaciones:

a) **Deben suprimirse la sección 2ª, relativa al “mantenimiento de sistemas de información crediticia con datos relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito” y la sección 3ª sobre “Información sobre solvencia patrimonial con datos obtenidos de fuentes públicas o que el interesado haya hecho manifiestamente públicos”, por las razones ya expuestas, así como adecuar el resto de su contenido a la supresión de dichos tratamientos** (por ejemplo la referencia contenida en el artículo 1 a que puedan tratarse conjuntamente, en el mismo sistema de información crediticia, los datos relativos al cumplimiento (positivos) y al incumplimiento (negativos) y a que los datos obtenidos de fuentes públicas o que el interesado haya hecho manifiestamente públicos deberán mantenerse de forma separada en todo momento y no podrán mezclarse ni combinarse con los que figuren en los sistemas de información crediticia, a no ser que se indique claramente su diferente origen y naturaleza).

b) Asimismo, **debe suprimirse el artículo 4 relativo a la elaboración de perfiles**, ya que como consecuencia de la supresión de las secciones anteriores, los únicos tratamientos que quedarían legitimados en la presente sección son los previstos en su sección 1ª, relativa al “Mantenimiento de sistemas de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito”. En relación con estos tratamientos, el artículo 20 de la LOPDGDD establece una presunción, iuris tantum, de licitud, siempre que se cumplan los requisitos y garantías que el mismo establece, que se han visto reforzados respecto de los exigidos normativamente con anterioridad, si bien añade en su apartado 3 que “La presunción a la que se refiere el apartado 1 de este artículo no ampara los supuestos en que la información crediticia fuese asociada por la entidad que mantuviera el sistema a informaciones adicionales a las contempladas en dicho apartado, relacionadas con el deudor y obtenidas de otras fuentes, a fin de llevar a cabo un perfilado del mismo, en particular mediante la aplicación de técnicas de calificación crediticia”. **Por consiguiente, la ley no considera amparado en el interés legítimo la realización de perfilados con datos**



**obtenidos de otras fuentes, al considerarse más intrusiva, lo que requerirá, con carácter general y según el criterio de esta Agencia, el consentimiento del interesado.**

Y si bien es cierto que la propia LOPDGDD señala en su Preámbulo que el establecimiento de dichas presunciones “no excluye la licitud de este tipo de tratamientos cuando no se cumplen estrictamente las condiciones previstas en el texto, si bien en este caso el responsable deberá llevar a cabo la ponderación legalmente exigible, al no presumirse la prevalencia de su interés legítimo”, también lo es que **el código no realiza una ponderación específica de este supuesto, además de no aportar la documentación necesaria de cara a su justificación. Además, las medidas propuestas, por genéricas y no basadas en una previa EIPD, son insuficientes para entender cumplidos los requisitos del RGPD.**

**c) En cuanto a la sección 1ª, hay que tener en cuenta que la ponderación ya la ha realizado el legislador, siempre que se cumplan con los requisitos y garantías que se establecen en el artículo 20 del RGPD, debiendo adaptarse la redacción de esta parte del código para adecuarla a dichos requisitos e introducir, únicamente, aquellas medidas que permitan un mejor cumplimiento del mismo.** Así, por ejemplo, debe revisarse la previsión de que los Sujetos Obligados “deberán obligar contractualmente a sus clientes a cumplir las obligaciones que les corresponden como entidades participantes en el sistema” a la vista de la declaración de corresponsabilidad que se recoge en el artículo 20 de la LOPDGDD, de modo que lo que procede, en la medida en que ambas entidades estarán determinando fines y medios, es suscribir el acuerdo de corresponsabilidad a que se refiere el artículo 26 del RGPD y el artículo 11 del código; o, en relación con el acceso al sistema, deberá limitarse en los estrictos términos recogidos en la letra e) del apartado 1 del citado artículo 20, considerando este Gabinete que la referencia a la necesidad de evaluar la solvencia que se contiene en el código es demasiado genérica y amplía las previsiones de la ley.

**d) En relación con el artículo 7 y las notificaciones y requerimientos previos de pago en sistemas de información crediticia, su contenido debe ajustarse a la doctrina jurisprudencial recogida, fundamentalmente, en las sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de junio y de 13 de septiembre de 2019.**

Con carácter general, la Sentencia de 14 junio 2019 (recurso 38/2018) recuerda la doctrina de la Sala respecto de la forma de practicar los requerimientos y la necesidad de acreditar su recepción por el interesado:



**CUARTO.-**

En el presente supuesto, la entidad recurrente sostiene que remitió dos cartas el 1 de abril y el 31 de mayo de 2012 a la denunciante a la dirección de C/ DIRECCION000 NUM000 bl-ed Arguama-38008- Santa Cruz de Tenerife, reclamándole el pago de la deuda contraída y advirtiéndole que sus datos podrían ser incluidos en ficheros de solvencia patrimonial y de crédito de mantenerse la situación de impago. Afirma que el domicilio a que fueron enviados se corresponde con la dirección postal facilitada por la afectada así como el domicilio con ocasión de la cumplimentación del contrato suscrito el 1 de octubre de 2010 y lo acredita mediante certificado expedido por Delion Communications S.L.U, acreditando que dichas cartas fueron generadas y puestas en el servicio de envíos postales en fechas de 4 de abril y 5 de junio de 2012 así como que no se produjo ninguna devolución o incidencia.

Esta Sala ha manifestado con reiteración que es necesario exigir que el requerimiento se haga de manera que se tenga constancia de su recepción por el destinatario, pues la exhibición de una carta, en relación con la cual no consta su recepción, no permite tener por cumplida la citada exigencia, tomando en consideración que la finalidad del conocimiento de la existencia de la deuda es que se proceda al pago (o al menos, que conozca la existencia de tal deuda y pueda reaccionar frente a la misma).

En relación al requerimiento, la Sala ha reiterado (SSAN, Sec 1ª, de 9 mayo 2003, Rec. 1067/1999 ; 8 de marzo de 2006, Rec. 319/2004 ; 18 de julio de 2007, Rec. 17/2006 ; 28 de mayo de 2008, Rec. 107/2007 ; 17 de febrero 2011, Rec. 177/2010 ; 20 de septiembre de 2012, Rec. 127/2011 y otras muchas), que cuando el afectado niega la existencia de dicho requerimiento, recae sobre el responsable del fichero o tratamiento, la carga de acreditar el cumplimiento de dicha obligación, siendo insuficiente a tal fin los registros informáticos de la propia entidad que nada acreditan sobre la efectiva realización o cumplimiento de la citada obligación.

Así, venimos señalando que la normativa no exige ciertamente, que el requerimiento se lleve a cabo de una determinada forma o que se efectúe por correo certificado con acuse de recibo, pero lo que si exige es que quien informa los datos a un fichero de morosidad deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos legal y reglamentariamente a tal fin, lo que implica que deberá estar en condiciones, caso de ser necesario, de poder acreditar la concurrencia de dichos requisitos ( SAN de 35 de marzo 2010, Rec. 407/2009 , por todas).

En el caso de autos, la actora aportó en vía administrativa para acreditar la realización del citado requerimiento previo de pago, copia de las cartas de las que, como señala la resolución recurrida, no se tiene constancia de su recepción, pues como hemos dicho, los registros informáticos de la propia entidad nada acreditan sobre el cumplimiento

de la citada obligación y lo mismo cabe decir sobre las certificaciones de las empresas encargadas o las declaraciones de empleados de la entidad respecto de la realización del requerimiento de pago que tampoco sirven para acreditar la recepción por el denunciante del requerimiento previo de pago.

La Sala comparte la valoración que del citado certificado efectúa la resolución impugnada, por cuanto, como señala la AEPD, la puesta en correos de las cartas sin ninguna incidencia no implica su recepción por el servidor del correo del destinatario, cuando la actora no ha podido aportar el albarán de entrega en los servicios postales que permita acreditar la recepción.

Por otro lado, el argumento de la actora acerca de que la denunciante tampoco pudo ser localizada por el Servicio Común de Notificaciones y Embargos de Santa Cruz de Tenerife para el cumplimiento de una Diligencia de Ordenación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de septiembre de 2013, en el requerimiento judicial al denunciante para el pago de la deuda, no puede ser aceptado, por cuanto consta en el expediente que dicho requerimiento se hizo en una dirección diferente, haciéndose constar en la diligencia judicial que la notificación no se hizo por ser incorrecta la dirección, supuesto distinto al presente en que, según la actora manifiesta, el requerimiento se hizo en el domicilio correcto, pero, pese a no tener constancia de su recepción, sin embargo procedió a la inclusión de sus datos en el fichero de morosos.

En definitiva, con lo aportado por la parte actora no resulta acreditado en el presente caso que el denunciante hubiese recibido el citado requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero Asnef de sus datos personales, supuesto que difiere de otros invocados por la actora en que dicha entrega si se pudo considerar efectuada.

En la sentencia de 13 de septiembre de 2019 (recurso 150 / 2017), en relación con los envíos postales, se razona lo siguiente:

#### QUINTO

.- Consta en las actuaciones, que la parte actora el 21 de febrero de 2013 adquirió una cartera de créditos a Vodafone España S.A.U., entre los que se encontraba el expediente del denunciante, con una factura con fecha de facturación comprendida ente el 8 de enero y el 7 de febrero de 2016, por un importe de 75,96 euros, y la dirección de aquel. El 2 de octubre de 2014, la parte actora procedió al envío de la carta de comunicación de cesión de créditos y requerimiento de pago previo a la inclusión de los datos del denunciante en el fichero Asnef. Consta certificado de la empresa EMFASIS Billing&Marketing Services, S.L., por la que se procedió a la generación, impresión y ensobrado de la notificación del denunciante el 1 de octubre de 2014, y a su puesta a disposición de los servicios postales al día siguiente, sin que se

produjese incidencia alguna, con el nº. NT14100031427, que se encontraba entre un total de 0020028 comunicaciones de referencias NT14100000054, la primera y NT14100050122, la última. Se aporta albarán de la misma fecha de Unipost.

También, consta en las actuaciones una certificación emitida por Equifax Ibérica, S.L., en el que se recoge que la comunicación de cesión de crédito y requerimiento de pago enviada a la denunciante no constanding que fuese devuelta.

Debemos tener en cuenta que, si bien las entidades Unipost y Correos no relacionan singularmente el código de referencia del escrito objeto de envío al denunciante (NT14100031427), lo cierto es que los albaranes acreditan el número de cartas que se depositan en cada una de estas compañías para la ejecución del servicio encargado a Equifax Ibérica S.L., y que la suma de las cartas depositadas para su distribución coinciden con el de las cartas generadas y certificadas por Emfasis, y permite, así, verificar que el proceso de generación y reparto se ha ejecutado completamente.

Por otro lado, en cuanto a que el certificado de correos no tiene la validación mecánica en el espacio reservado a ese fin, que acredite la recepción por el servicio postal de los dichos envíos, como se pone de manifiesto en la resolución impugnada, es porque Correos emite el mismo a través de la web, y esta emisión virtual hace imposible el proceso físico de impresión mecánica a que se refiere la Agencia. Ello se deriva de la respuesta de Correos a Equifax contestando a la pregunta de la validez de los albaranes generados a través de la web, en la que el servicio de Correos pone de relieve que " tienen la misma validez que los que valida la máquina en la admisión"... "cuando un albarán ha sido admitido, el número de envíos incluidos en dicho albarán se han admitido en Correos".

Así las cosas, la parte actora realizó los trámites necesarios para realizar el requerimiento previo a la inclusión de los datos de la denunciante, remitiendo dicho requerimiento al domicilio que le fue cedido por Vodafone, cuando adquirió la cartera de créditos, y que es el mismo que aparece en la denuncia presentada ante la Agencia, no constanding que fuese devuelto el mismo.

Por tanto, no cabe apreciar culpabilidad en la actuación de la entidad recurrente, art. 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1478, 2076) , de Régimen Jurídico del Sector Público , por lo que no puede ser sancionada por vulneración del principio del principio de calidad del dato, pues el requerimiento previo de pago se realizó correctamente.

Y en la sentencia de 14 de junio de 2109, dictada en el recurso 643/2017, analizando un supuesto concreto de notificación por canales electrónicos, se señala lo siguiente:

### TERCERO.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, de la documental obrante en autos, tanto en el expediente administrativo como de la aportada por la entidad actora en fase de prueba, han resultado acreditados los siguientes extremos fácticos a los que no alude la resolución combatida, pero que resultan trascendentes para la resolución del litigio:

Una vez que la denunciante solicitó el préstamo a la entidad actora a través de Internet y obtuvo el mismo, por importe de 9700 euros, empezó a incumplir sus obligaciones de pago de las cuotas, lo que llevó a BONDORA a requerirle su pago, a medida que vencían, en numerosísimas ocasiones y de muy diversas formas, tanto mediante llamadas telefónicas, como a través de SMSs al número móvil por el que dicha denunciante había contratado el préstamo, como también mediante correos electrónicos enviados a la dirección de email que dio al suscribir el repetido préstamo.

Se desprende del folio 216 del expediente que dicha afectada fue requerida por teléfono los días 14 y 18 de abril de 2016.

En cuanto a los requerimientos a través de SMS al número móvil de la denunciante, se desprenden del expediente dichos requerimientos en las siguientes fechas y horas:

El 3/03/2016 a las 10:01 y a las 10:04; el 6/03/2016 a las 10:02; el 4/04/2016 a las 10:02 y a las 10:03; el 7/04/2016 a las 10:01; el 12/04/2016 a las 10:01; el 13/04/16 a las 10:01; el 16/04/2016 a las 10:01; el 28/06/2016 a las 10:03 ; el 13/07/2016 a las 10:04; y el 17/04/2017 a las 10:00.

Se adjunta por la entidad actora, como documento número 3, un certificado (junto con su correspondiente traducción jurada) firmado por la sociedad estonia Messente Communications OÜ, en el que se expone que BONDORA emplea un servicio llamado "Messente", prestado por dicha entidad estonia, que permite enviar mensajes de texto y obtener una trazabilidad de los mismos, es decir, permite registrar y acreditar el número y tipo de mensajes enviados, su contenido, la fecha y hora de envío o si ha habido algún error con su envío y/o su recepción (folios 10 y 177 del expediente) El número de teléfono al que se remitieron es el número facilitado por la denunciante y al que se envió el código PIN que ésta necesitó para recibir de manera efectiva la cantidad de dinero solicitada en concepto de préstamo.

Igualmente se desprende del expediente que Bondora requirió por correo electrónico a la denunciante al menos en cuatro ocasiones: el 12 de abril, el 16 de abril, el 28 de junio y el 13 de julio todos ellos de 2016, por lo que al menos dos de dichos requerimientos fueron enviados con anterioridad a la inclusión de los datos de la Sra. Apolonia en el fichero de morosidad. Envío que se realiza a través del servicio denominado MANDRILL, que permite acreditar el contenido de los correos y el hecho de si éstos fueron o no correctamente recibidos.

Y si bien es cierto que en los requerimientos de pago a través de teléfono y de SMS no se ha acreditado que figure la advertencia de que, en caso de impago, los datos personales de la afectada podrían ser comunicados a ficheros de solvencia patrimonial. Dicha advertencia sí consta en los envíos a través de email (folios 48, 121 y concordantes del expediente) en los que expresamente figura que " en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y siempre y cuando se den los requisitos exigibles, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias"

Asimismo, y en el momento de la firma del contrato y suscripción de sus condiciones particulares y generales (folio 75 y siguientes del expediente), la denunciante fue debidamente informada, concretamente en la estipulación 14.4 del mismo, de que en caso de impago sus datos podrían ser comunicados a un fichero relativo al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Efectivamente esta Sala ha manifestado con reiteración que, como requisito formal a efectos de tener por cumplido el principio de calidad del dato de los artículos 4.3 y 29 LOPD (RCL 2018, 1629) , es necesario exigir que el requerimiento de pago, previo la inclusión de los datos en el fichero de morosidad, se efectúe de manera que se tenga constancia de su recepción por el destinatario. En este sentido la exhibición de una carta o de cualquier otro medio de comunicación, en relación con los cuales no conste su recepción, y ni siquiera su envío, no permite tener por cumplida la citada exigencia. Conocimiento de la existencia de la deuda cuya finalidad es que se proceda al pago (o al menos a fin de que se conozca la existencia de tal deuda y se pueda reaccionar frente a la misma).

En el presente supuesto consideramos, no obstante, dadas las especiales circunstancias concurrentes, relatadas en los fundamentos jurídicos anteriores, que sí ha quedado fehacientemente acreditado, a través de las pruebas documentales practicadas, y contrariamente a lo argumentado por la Administración, que Bondora cumplió con tal obligación de puesta en conocimiento de la denunciante, de la existencia de una deuda que iba a ser incluida en el fichero de morosidad, con anterioridad a su inclusión .

**Por consiguiente, si bien, el texto propuesto recoge, con carácter general, los requisitos previstos en dicha jurisprudencia, debería modificarse para incluir las siguientes precisiones: en la letra a) del apartado 1, debería referirse a la generación, impresión, ensobrado así como la puesta a disposición para su envío a través de un tercer proveedor; en el segundo párrafo de dicho apartado 2 debería incluirse como letra a), antes del certificado emitido por el proveedor de impresión, la necesidad de que se pueda presentar la copia de la carta remitida al**

interesado y en la letra b) referida al albarán o certificado de entrega de un conjunto de notificaciones correspondientes a un sistema de información crediticia, emitido por el operador postal, la necesidad de que del mismo se infiera que se ha puesto a disposición para su envío la carta relativa a un interesado.

En cuanto al apartado 3, relativo a los canales electrónicos, y de acuerdo con la citada sentencia de 14 de junio de 2019 (recurso 643/2017) debe exigirse que el sistema utilizado permita obtener una trazabilidad de los mensajes, es decir, que permita registrar y acreditar el número y tipo de mensajes enviados, su contenido, la fecha y hora de envío o si ha habido algún error con su envío y/o su recepción.

11.- En cuanto al Anexo III, referido a las acciones de mercadotecnia, se formulan las siguientes observaciones:

a) En primer lugar deben reiterarse, una vez más, las observaciones realizadas respecto a la **licitud de los tratamientos de datos personales obtenidos de fuentes públicas y la necesidad de respetar los principios del RGPD**, especialmente el de limitación de la finalidad, **así como a la necesidad de contar con una base de licitud para la obtención de los datos personales en encuestas telefónicas, digitales o presenciales**. Asimismo, **no constando la ponderación realizada respecto al supuesto contemplado en la letra c) del artículo 2, no puede presumirse que prevalece el interés legítimo, debiendo suprimirse dicho apartado**.

b) En cuanto al **tratamiento de datos sensibles** que hayan sido facilitados por el interesado, o por un tercero debidamente autorizado, previsto en el artículo 3, apartado 2º.2º, entra en contradicción con lo previsto en el siguiente apartado 4º del mismo precepto, que señala que los sujetos no tratarán datos de categorías especiales del artículo 9 del RGPD, **debiendo aclararse esta contradicción. Y en el caso de que se pretendiera su tratamiento, deberá contarse con su consentimiento para su tratamiento con fines de mercadotecnia, en los supuestos en los que el artículo 9 de la LOPDGDD permite basar su tratamiento en dicho consentimiento**, conforme a los principios de limitación de finalidad y especificidad del consentimiento, al objeto de poder apreciar la concurrencia de la causa prevista en el artículo 9.2. del RGPD, no siendo suficiente, a estos efectos, la mera circunstancia de que hayan sido facilitados por el afectado.

c) En cuanto al **cumplimiento del principio de transparencia**, teniendo en cuenta que los datos incluirán alguna dirección en la que hacer llegar la publicidad, deberá cumplirse adecuadamente con el deber de información, no siendo suficiente, a estos efectos, la mera publicación en la página web. **Por lo tanto, en el caso de que no se informe a través del beneficiario de la**



**campaña publicitaria, deberá cumplirse con el deber de información individualizada por los sujetos obligados conforme al artículo 14 del RGPD. Sin perjuicio de lo ya mencionado respecto de la obligación de mención explícita al interesado a que se refiere el art. 21.4 RGPD, para que este pueda ejercitar su derecho de oposición.**

d) En relación con el perfilado previsto en el artículo 5, se admite la realización del mismo sobre la base del interés legítimo siempre que “no impliquen que el interesado sea objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. **No obstante, hay que tener en cuenta, igualmente, que el perfilado, cuando se combinen datos procedentes de diferentes fuentes, aún cuando no vaya a implicar decisiones automatizadas, puede ser, en sí mismo, suficientemente invasivo como para no superar la prueba de sopesamiento, tal y como se ha analizado en este informe.**

e) **Los tratamientos de datos para “calidad de datos y deduplicación” a que se refiere el artículo 6 implican nuevos tratamientos de datos para los que no se ha realizado la correspondiente ponderación en el código, al objeto de apreciar la aplicación del artículo 6.1.f) del RGPD.**

12. En cuanto a los modelos de cláusulas informativas del Anexo IV, además de ser meros ejemplos sin carácter vinculante, lo que le resta “valor añadido”, no se ajustan, en todos los casos, a las previsiones del RGPD y de la LOPDGDD.

Singularmente, destaca, por su trascendencia, el “modelo de notificación de inclusión de datos relativos al incumplimiento de obligaciones (datos negativos) en sistema de información crediticia”, de acuerdo con el cual se informa “de que en fecha *[Fecha de la inclusión del dato en el fichero]* sus datos personales han sido incluidos en el sistema \_\_\_\_\_.” Y posteriormente se añade que “Vd. Podrá ejercer los derechos de acceso, supresión, rectificación, limitación del tratamiento u oposición, para lo que podrá remitirnos [...]”.

Dicha cláusula informativa no respeta lo señalado en el artículo 20.1.c) de la LOPDGDD, que señala que “La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo”.



## V

En cuanto a los mecanismos de control del cumplimiento del código, ya se ha señalado anteriormente que deben incluirse preceptivamente en los códigos de conducta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.4 del RGPD:

“El código de conducta a que se refiere el apartado 2 del presente artículo contendrá mecanismos que permitan al organismo mencionado en el artículo 41, apartado 1, efectuar el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados de tratamiento que se comprometan a aplicarlo, sin perjuicio de las funciones y los poderes de las autoridades de control que sean competentes con arreglo al artículo 51 o 56”.

A estos efectos, el código incluye como medida básica de control y cumplimiento del código de conducta el formulario anual de cumplimiento del código, que se configura, asimismo, como una herramienta que permite la adaptación del código a la realidad social y la necesidad de su revisión y modificación. Asimismo, prevé la realización de auditorías e inspecciones por la Comisión de Seguimiento.

## VI

Como organismo de supervisión del código, exigible igualmente a los códigos de conducta al amparo del artículo 41 del RGPD, con excepción de los que se promuevan por autoridades y organismos públicos, se establece una Comisión de Seguimiento, conteniéndose en el Informe de la Subdirección General RGPD el análisis detallado del cumplimiento de los criterios de acreditación establecidos, previo dictamen del CEPD, por la AEPD, publicados el 27 de febrero de 2020.

## VII

A la vista de todo lo analizado en el presente informe, este Gabinete Jurídico considera que, dada la complejidad del Código, debería haberse acompañado toda la documentación justificativa a la que se ha ido haciendo referencia a lo largo del mismo (memoria y en su caso, análisis de riesgos y EIPD, cuando sea necesario para justificar la adecuación del código a la normativa aplicable) la regulación de los sistemas de información crediticia con datos relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito y de los sistemas de información sobre solvencia patrimonial con datos obtenidos de fuentes públicas o que el interesado haya hecho manifiestamente públicos, contenida en la secciones 2ª y 3ª del Anexo II, que deberían

suprimirse, así como procederse a una profunda revisión del resto del código para su completa adecuación a los principios y normas contenidos en el RGPD y la LOPDGDD.

Por ello, si bien en algunos supuestos concretos el código especifica la aplicación del RGPD e, igualmente en casos concretos, establece garantías adecuadas, no puede considerarse que, en su conjunto, el mismo se ajuste al RGPD y sean suficientes las garantías adecuadas ofrecidas.

Por todo ello, se **informa desfavorablemente** la aprobación, por la Agencia Española de Protección de Datos, del Código de conducta del sector infomediario de protección de datos de carácter personal presentado por la Asociación Multisectorial de la Información (ASEDIE).