

N/REF: 0014/2021

La consulta plantea la adecuación al Reglamento 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 (RGPD) y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, (LOPDGDD), de la comunicación de datos personales de los Colegiados del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid (el Colegio Profesional o el consultante en lo sucesivo) a la Mutua de Previsión Social, Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija (HNA en lo sucesivo).

HNA se ha fusionado por absorción a la Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija (PREMAAT en lo sucesivo) y plantea a través de un acuerdo, que el Colegio Profesional le comunique los datos de los nuevos colegiados, y de los ya existentes, sean o no mutualistas de la entidad absorbente.

A tal efecto, HNA aportó al Colegio Profesional un informe jurídico que justifica en el interés legítimo previsto en el artículo 6.1 f) del RGPD tanto la comunicación inicial de datos, como su posterior uso para fines publicitarios. Afirma que sería de aplicación el artículo 19.2 de la LOPDGDD y en última instancia que la relación entre las mutualidades de previsión social alternativas al alta en el RETA y los Colegios Profesionales que la normativa de seguridad social y en materia tributaria establece, requiere la colaboración e intercambio de los datos necesarios para la recíproca prestación de servicios a mutualistas/colegiados por parte de ambas entidades.

El Colegio Profesional indica que no dispone del consentimiento de los colegiados para la cesión de datos a HNA con la finalidad de marketing y que el interés legítimo no se aplicaría cuando se refiera a funciones públicas, sino solo al tratamiento de colegiados con finalidad privada.

Asimismo manifiesta que la única referencia a la posible relación de colaboración entre el Colegio Profesional y HNA que se encuentra reflejada en los actuales Estatutos del Colegio, se recoge en su artículo 6.j), que establece expresamente entre las funciones de la Corporación:

“j) Prestar su colaboración para las gestiones económico-administrativas del órgano de previsión social de la profesión, en lo que se refiera exclusivamente a sus colegiados afiliados al mismo, y arbitrar los medios, directos e indirectos, que se estimen más adecuados para conseguir la máxima bonificación posible en las cuotas mutuales de sus colegiados.”

Es decir, se refiere a la cooperación con la mutualidad para gestiones económico-administrativas respecto a los colegiados mutualistas y considera que bajo la óptica de protección de datos personales, la mencionada función amparada en los Estatutos podría encontrarse regularizada bajo la figura del encargado del tratamiento. Sin embargo, no existe ningún amparo estatutario para legitimar la pretendida cesión de datos a HNA. Por lo que considera adecuado para la comunicación que propone HNA la base jurídica referida al consentimiento.

I

Planteados los términos de la consulta y sus distintas interpretaciones, debe analizarse el papel que cada actor desempeña desde la perspectiva de la protección de datos, con carácter general en el ejercicio de sus funciones, y con carácter particular respecto del tratamiento que se propone.

Es decir, si pueden considerarse responsable y encargado del tratamiento, en cuyo caso no se consideraría comunicación de datos, o si por el contrario son dos responsables independientes.

El artículo 4.7 del RGPD define al responsable del tratamiento o responsable como *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.”*

Asimismo, se refiere -en el apartado 8 de su artículo 4-, al encargado del tratamiento o encargado como *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”*.

Con carácter general, la figura del encargado del tratamiento obedece a la necesidad de dar respuesta a fenómenos como la externalización de servicios por parte de las empresas y otras entidades, de manera que en aquellos supuestos en que el responsable del tratamiento encomiende a un tercero la prestación de un servicio que requiera el acceso a datos de carácter personal

por este, dicho acceso no pueda considerarse como una cesión de datos por parte del responsable a quien le presta tal servicio, sino que el tratamiento de los datos se realiza por el encargado en nombre y por cuenta del responsable como si fuera este mismo quien lo lleva a cabo.

No obstante, en la práctica pueden darse situaciones más complejas atendiendo a las distintas funciones de los actores y al tratamiento en sí mismo considerado, que requieren acudir a criterios interpretativos como los fijados por el Grupo del artículo 29, en su Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento», dónde se indica que el concepto de responsable era un concepto funcional dirigido a la asignación de responsabilidades, indicando que “El concepto de «responsable del tratamiento» y su interacción con el concepto de «encargado del tratamiento» desempeñan un papel fundamental en la aplicación de la Directiva 95/46/CE, puesto que determinan quién debe ser responsable del cumplimiento de las normas de protección de datos y la manera en que los interesados pueden ejercer sus derechos en la práctica. El concepto de responsable del tratamiento de datos también es esencial a la hora de determinar la legislación nacional aplicable y para el ejercicio eficaz de las tareas de supervisión conferidas a las autoridades de protección de datos”.

Asimismo, el citado Dictamen destacaba *“las dificultades para poner en práctica las definiciones de la Directiva en un entorno complejo en el que caben muchas situaciones hipotéticas que impliquen la actuación de responsables y encargados del tratamiento, solos o conjuntamente, y con distintos grados de autonomía y responsabilidad”* y que *“El Grupo reconoce que la aplicación concreta de los conceptos de responsable del tratamiento de datos y encargado del tratamiento de datos se está haciendo cada vez más compleja. Esto se debe ante todo a la creciente complejidad del entorno en el que se usan estos conceptos y, en particular, a una tendencia en aumento, tanto en el sector privado como en el público, hacia una diferenciación organizativa, combinada con el desarrollo de las TIC y la globalización, lo cual puede dar lugar a que se planteen cuestiones nuevas y difíciles y a que, en ocasiones, se vea disminuido el nivel de protección de los interesados”*.

En la actualidad, el Comité Europeo de Protección de datos (CEPD en adelante), aprobó las Directrices 7/2020 de 2 de septiembre de 2020 *“Sobre los conceptos de responsable y encargado en el RGPD”*, que ofrecen criterios y ejemplos prácticos que facilitan la atribución del estatus de responsable o encargado.

Indica en su apartado 12. *Los conceptos de responsable y encargado son conceptos funcionales: su objetivo es asignar responsabilidades de*

acuerdo con las funciones reales de las partes. Esto implica que la condición jurídica de un actor como «responsable» o «encargado» debe determinarse en principio por sus actividades reales en una situación específica, y no por la designación formal de un actor como «responsable» o «encargado» (por ejemplo, en un contrato).

Sobre el responsable del tratamiento, de las citadas Directrices, interesa resaltar lo siguiente:

Un responsable es un cuerpo que decide ciertos elementos clave del tratamiento y determina los propósitos y medios del tratamiento, es decir, el por qué y cómo del tratamiento.

(...)

20. El segundo elemento básico del concepto de responsable se refiere a la influencia del responsable sobre el tratamiento, en virtud de un ejercicio de poder de decisión. Un responsable es un cuerpo que decide ciertos elementos clave sobre el tratamiento. Este control puede definirse por ley o puede derivarse de un análisis de los elementos fácticos o las circunstancias del caso. Hay que examinar las operaciones específicas de tratamiento en cuestión y entender quién las determina, considerando primero las siguientes preguntas: «¿Por qué está teniendo lugar este tratamiento? «y» ¿quién decidió que el tratamiento debería tener lugar para un propósito particular?».

(...)

22. Hay casos en que el control puede deducirse de una competencia jurídica explícita, por ejemplo, cuando el responsable o los criterios específicos para su designación son designados por el Derecho nacional o de la Unión. De hecho, el artículo 4, apartado 7, establece que "cuando los fines y medios de dicho tratamiento estén determinados por la legislación de la Unión o de los Estados miembros, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su designación podrán ser establecidos por la legislación de la Unión o de los Estados miembros". Esto presupone que el legislador ha designado como responsable a la entidad que tiene una capacidad genuina de ejercer el control.

(...)

23. Sin embargo, más comúnmente, en lugar de nombrar directamente al responsable del tratamiento o establecer los criterios para su nombramiento, la ley establecerá una tarea o impondrá a alguien la obligación de recopilar y tratar determinados datos. En esos casos, la

finalidad de la tramitación suele ser determinada por la ley. El responsable será normalmente el designado por la ley para la realización de este propósito, esta tarea pública.

(...)

26. En la práctica, determinadas actividades de tratamiento pueden considerarse naturalmente vinculadas al papel o actividades de una entidad que, en última instancia, entrañan responsabilidades desde el punto de vista de la protección de datos. Esto puede deberse a disposiciones jurídicas más generales o a una práctica jurídica establecida en diferentes ámbitos (derecho civil, derecho mercantil, derecho laboral, etc.). En este caso, las funciones tradicionales existentes y la experiencia profesional que normalmente implican una cierta responsabilidad ayudarán a identificar al responsable del tratamiento

(...)

29. De acuerdo con el enfoque fáctico, la palabra «determina» significa que la entidad que realmente ejerce influencia sobre los propósitos y medios del tratamiento es el responsable.

Sobre el encargado del tratamiento, de las citadas Directrices, interesa resaltar lo siguiente:

75. Dos condiciones básicas para la calificación como encargado son:

Ser una entidad separada en relación con el responsable y el tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento.

(...)

78. El tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento requiere, en primer lugar, que la entidad independiente procese datos personales en beneficio del responsable.

(...)

79. En segundo lugar, el tratamiento debe realizarse en nombre de un responsable, pero no bajo su autoridad o control directo. Actuar «en nombre de» significa servir a los intereses de otra persona y recuerda el concepto jurídico de «delegación».

(...)

80. Actuar «en nombre de» significa también que el encargado no puede llevar a cabo el tratamiento para su propio(s) propósito(s).

Como puede observarse, existen elementos determinantes para atribuir los roles de responsable o encargado, como el control sobre el tratamiento que puede definirse por ley o puede derivarse de un análisis de los elementos fácticos, funcionales o las circunstancias del caso.

Pues bien, en el caso de HNA la normativa que regula su actividad, se encuentra en primer término en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (LOSSEAR en lo sucesivo), que en el artículo 41 indica que las mutuas de seguros son “ sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, que *tienen por objeto la cobertura a los socios, sean personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo.*” y en el artículo 43 bajo la denominación “Mutualidades de previsión social” establece que “Aquellas mutualidades de previsión social que se encuentran reconocidas como alternativas a la Seguridad Social en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ejercen además una modalidad aseguradora alternativa al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.”

En el mismo sentido el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social, en su artículo 12 se determina que *De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley, las mutualidades de previsión social podrán ser además alternativas al régimen de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

Por su parte, en los Estatutos de HNA se indica lo siguiente, en el Artículo 1 “Denominación y naturaleza” que *“HNA tiene naturaleza de entidad privada de previsión social, sin ánimo de lucro, que ejerce fundamentalmente una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria o alternativa al Sistema de Seguridad Social obligatoria mediante aportaciones a prima fija de sus mutualistas, personas físicas o jurídicas.”*

Y en su Artículo 12 “Condición de Mutualista” , se establece que “La condición de tomador del seguro o de asegurado será inseparable de la de mutualista” y en su Artículo 15 “Requisitos de incorporación ” se exige que para adquirir la condición de mutualista se debe “Suscribir la correspondiente solicitud de incorporación y adquirir la condición de tomador o asegurado”

De acuerdo con expuesto hasta ahora en relación con sus funciones y régimen de actuación, se puede afirmar que se establecen determinadas competencias y funciones que pueden llevar aparejado tratamiento de datos

personales, por lo que respecto de éstos será considerada a HMA como responsable del tratamiento.

En este sentido el Informe 100/2018 determina que las funciones que la ley atribuya a las Mutuas, hacen que éstas sean responsables de los tratamientos que se deriven de la ejecución de aquellas:

(...)las Mutuas actuarán en calidad de responsables del tratamiento respecto de aquellos tratamientos de datos personales que efectúen en el ejercicio de las funciones que el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, les atribuye cuando las empresas y los trabajadores por cuenta propia contratan con ellas las contingencias profesionales, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y la protección por cese de actividad, ya que, en tales supuestos, el acceso a los datos por parte de las Mutuas no constituye un tratamiento realizado por cuenta de las empresas que con ellas contratan y sujeto a las instrucciones de éstas, sino que tales tratamientos vienen determinados en la propia Ley de la Seguridad Social.

En el caso del Colegio Profesional, procede acudir en primer término a la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que establece en su Artículo 1 apartado 3 lo siguiente:

3. Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional.

Por su parte, la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid establece lo siguiente:

Artículo 13.

Son fines esenciales de los Colegios Profesionales de Madrid, ordenar el ejercicio de las profesiones, la representación excluida de las mismas, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, sin perjuicio de la competencia de la Comunidad de Madrid por razón de la relación funcional y, además, los siguientes:

a) Velar por la satisfacción de los intereses generales relacionados con el ejercicio de las correspondientes profesiones.

(...)

d) *Colaborar con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos previstos en las Leyes.*

Artículo 14.

Para la consecución de estos fines, los Colegios Profesionales ejercerán las funciones encomendadas en la legislación básica del Estado y entre otras, las siguientes:

(...)

o) *Organizar actividades y servicios comunes de carácter profesional, cultural y análogos que sean de interés para los colegiados; así como sistemas asistenciales, de previsión y de cobertura de posibles responsabilidades civiles contraídas por los mismos en el ejercicio profesional, todo ello conforme a las normas estatales de aplicación.*

Finalmente, debe acudirse a los Estatutos del Colegio Profesional que en su Artículo 6 bajo la rúbrica “Funciones” establece, entre otras, las siguientes:

c) *Preparar la información necesaria para facilitar el acceso a la vida profesional de los nuevos titulados.*

(...)

j) *Prestar su colaboración para las gestiones económico-administrativas del órgano de previsión social de la profesión, en lo que se refiera exclusivamente a sus colegiados afiliados al mismo, y arbitrar los medios, directos e indirectos, que se estimen más adecuados para conseguir la máxima bonificación posible en las cuotas mutuales de sus colegiados.”*

De acuerdo con lo expuesto, al igual que con HNA, se establecen una serie de fines y funciones del Colegio Profesional que le convierten en responsable del tratamiento que se derive del ejercicio de aquellas. **Y no se observa que HNA pueda considerarse encargada del tratamiento, respecto de los tratamientos que del régimen jurídico aplicable a la corporación profesional se pudieran llevar a cabo.**

Es decir, en cuanto a las previsiones legales, dentro de “organizar actividades y servicios comunes de carácter profesional, (...) sean de interés para los colegiados; así como sistemas asistenciales, de previsión” no puede incluirse la cesión de los datos para acciones de mercadotecnia que pretende HNA.

Y en cuanto a la previsión estatutaria, *proporcionar información necesaria para facilitar el acceso a la vida profesional de los nuevos titulados* no implica necesariamente tratamiento de datos personales en favor de HNA, pues se puede informar de esta posibilidad sin comunicar datos a HNA, tal como hace en el formulario de alta de colegiación, y en lo referido en el apartado j) *prestar la colaboración para las gestiones económico-administrativas del órgano de previsión social de la profesión*, esta se refiere a una colaboración respecto de los colegiados que sean mutualistas (y que por tanto ya tiene HNA sus datos), pero nada se dice respecto de los que no lo son.

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto del tratamiento que se cita en la consulta, no puede considerarse a HNA como encargada del tratamiento, al no poder afirmarse que el Colegio Profesional “determine los medios y fines del tratamiento” o que HNA presta un servicio por cuenta de aquel.

Por lo tanto, la primera conclusión a la que se llega es que HNA no es encargado del tratamiento del Colegio Profesional, ni de acuerdo con las funciones que les atribuyen a ambos el ordenamiento jurídico, ni en sus respectivos estatutos, ni en relación con el tratamiento específico que es objeto de consulta.

II

En el artículo 6 del RGPD se establecen los supuestos que dan licitud al tratamiento de datos personales, y en tanto que se ha analizado el régimen jurídico de ambos actores en relación con el tratamiento objeto de consulta, conviene descartar del análisis, los supuestos previstos en las letras b) referido a *el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales*, pues en el acuerdo que se cita en la consulta, no puede considerarse parte de una eventual relación contractual a los colegiados, sino que lo serán HNA y el Colegio Profesional.

También hay que descartar los supuestos previstos en las letras c) y e) referidos al *cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*, en la medida en que del régimen jurídico analizado hasta ahora, no puede considerarse incluido el tratamiento que propone la consulta.

Y finalmente, por obvio, debe descartarse el indicado en la letra d) referido a *proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física*.

Por lo tanto, será objeto de análisis los supuestos previstos en las letras a) *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos*

personales para uno o varios fines específicos; y f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

III

Antes de analizar los supuestos legitimadores que podrían dar licitud al tratamiento, es preciso recordar el contenido del principio de limitación de finalidad, que al igual que el principio de licitud deben cumplirse en todo tratamiento de datos. Sin perjuicio de que el grado de compatibilidad de la finalidad, puede ser un elemento a tener en cuenta en el juicio de ponderación que requiere el análisis del interés legítimo como base jurídica del tratamiento.

Si no se cumple el principio de limitación de la finalidad no podría llevarse a cabo el tratamiento sobre la base jurídica que legitimó la recogida inicial de los datos, pues ya no se cumpliría lo dispuesto en el artículo 5.1 del RGPD que requiere la concurrencia de todos los principios que en el constan.

La comunicación pretendida supone tratar los datos para una finalidad distinta a la que inicialmente sirvió para su recogida y tratamiento por parte del Colegio.

El artículo 5.1 b) del RGPD, recoge el principio de limitación de la finalidad a cuyo tenor, *los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines;*

El artículo 6.4 del RGPD ofrece determinados parámetros que podrán tenerse en cuenta a la hora de establecer la compatibilidad de la finalidad, cuando el tratamiento no se base en el consentimiento o en la aplicación del derecho de la unión o de los estados miembros, en concreto indica lo siguiente:

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.*

Por su parte, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su “Dictamen 3/2013 sobre Limitación de la finalidad” indica lo siguiente:

(...)El tratamiento ulterior con un fin diferente no significa necesariamente que sea incompatible: la compatibilidad debe evaluarse caso por caso. Una evaluación de compatibilidad sustancial requiere una evaluación de todas las circunstancias pertinentes. Deben tenerse en cuenta, en particular, los siguientes factores clave:

- *la relación entre los fines para los que se recogieron los datos personales y los fines de su tratamiento ulterior;*
- *el contexto en el que se recogieron los datos personales y las expectativas razonables de los interesados en cuanto a su uso ulterior;*
- *la naturaleza de los datos personales y el impacto del tratamiento ulterior en los interesados;*
- *las garantías adoptadas por el responsable del tratamiento para garantizar un tratamiento equitativo y prevenir cualquier repercusión indebida en los interesados.*

El responsable del tratamiento no puede legitimar un tratamiento incompatible limitándose a invocar un nuevo fundamento jurídico en el artículo 7. El principio de limitación de la finalidad solo puede restringirse en las condiciones establecidas en el artículo 13 de la Directiva.

De acuerdo con los fines a los que sirve la corporación profesional (definidos por la ley y por sus estatutos), el tratamiento para el que se recogen los datos de los colegiados es para formar parte de la corporación y ser titulares de los derechos y obligaciones que se derivan de tal condición.

Por lo que las acciones de mercadotecnia de terceros no pueden entenderse incluidas dentro de la finalidad para la cual el Colegio Profesional trata los datos de los colegiados, pues no puede afirmarse que una (finalidad) y la otra, tengan relación directa ni indirecta. A menor relación menor compatibilidad de finalidad.

En cuanto al **contexto de la recogida de datos y las expectativas razonables de los interesados** en cuanto a su uso ulterior, sucede igual que en anterior elemento valorado, en el sentido de que en el formulario de alta de colegiación se incluye una cláusula específica sobre la información referente al Régimen General de Autónomos y a la alternativa que supone HNA, y de la que se infiere que es el colegiado, motu proprio, quien debe elegir, acudir, a un sistema u otro.

Por lo que sí es algo que le compete a este, y que depende de una clara acción positiva, no puede esperar que sus datos sean cedidos sin su aquiescencia para ser utilizados con fines de mercadotecnia de HNA.

A lo que hay que añadir, que respecto de acciones de mercadotecnia en las que se pretendan usar los datos de sus colegiados, el Colegio Profesional tiene una política de privacidad claramente definida, que se deduce de la advertencia que se hace sobre el uso de esa información a los terceros, que es conocida por el colegiado y que constituye una perspectiva respecto de las posibilidades de uso de sus datos.

En este sentido el Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo, a la hora de abordar las expectativas razonables del interesado, indica lo siguiente: *es importante considerar si la posición del responsable de los datos, la naturaleza de la relación o del servicio prestado, o las obligaciones jurídicas o contractuales aplicables (u otras promesas hechas en el momento de la recopilación de los datos) podrían dar lugar a expectativas razonables de una confidencialidad más estricta y de limitaciones más estrictas relativas a su uso ulterior. En general, cuanto más específico y restrictivo sea el contexto de la recopilación de los datos, más limitaciones es probable que se utilicen*"

Por lo que éste no puede prever razonablemente, que en este contexto y con los elementos que se acaban de citar, los datos de su colegiación sean cedidos sin su conocimiento, ni consentimiento para acciones de mercadotecnia de terceros no identificados expresamente.

En este sentido el Dictamen 3/2013 sobre Limitación de la finalidad indica que *Un aspecto importante es la naturaleza de la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado. Esto requiere no solo una revisión de las declaraciones jurídicas realizadas, sino también tener en cuenta lo que sería práctica habitual y generalmente prevista en el contexto en cuestión, y en la relación (comercial o de otro tipo) dada. En general, cuanto más inesperada o sorprendente que siga siendo de uso, más probable será que se considere incompatible.*

En relación con **la naturaleza de los datos personales y el impacto del tratamiento ulterior en los interesados**, si bien los datos son meramente identificativos, es un hecho notorio (deducido de lo indicado en la advertencia en la web a la que se hace referencia a continuación) que en ocasiones se han tratado los datos del listado de colegiados de la web, para fines publicitarios, y que **el propio colegio advierte de las quejas recibidas y limita estrictamente la finalidad del citado listado incluyendo avisos sobre la posible comisión de infracciones a la normativa de protección de datos.**

Teniendo en cuenta estos elementos, se puede inferir sin arduos ejercicios intelectuales, que las acciones de mercadotecnia sin conocimiento y por tanto sin consentimiento, están teniendo un impacto desfavorable en los colegiados.

Por lo que es posible que el tratamiento propuesto en la consulta, incidiría negativamente en los afectados, sobre todo teniendo en cuenta que no han sido informados de dicha posibilidad y que tampoco se han ofrecido, o al menos no consta en la consulta, medios para ejercer la oposición a este tratamiento.

A lo que hay que añadir que las acciones de mercadotecnia de HNA podrían abarcar no sólo sus servicios como régimen de mutualismo alternativo al RETA, sino que también, al operar como entidad aseguradora, también podrían ofrecer publicidad de seguros y servicios que nada tienen que ver con la condición de colegiado. Es decir, además de sorpresivo y con posibles consecuencias negativas, el tratamiento propuesto también podría calificarse como incierto.

En este sentido el Dictamen 3/2013 “sobre Limitación de la finalidad” indica que: *Una vez más, en general, cuanto más negativo o incierto sea el impacto de un tratamiento posterior, más improbable es que se considere un uso compatible. La disponibilidad de métodos alternativos para lograr los*

objetivos perseguidos por el responsable del tratamiento, con un impacto menos negativo para el interesado en este contexto, debe tenerse en cuenta, sin duda, una consideración pertinente.

Por su parte, en el Dictamen 4/2014 “sobre el interés legítimo”, se indica que: *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.*

Finalmente, en cuanto a las **salvaguardias o garantías del tratamiento ulterior propuesto**, nada se ha indicado en la consulta.

Es decir, se desconocen los plazos de conservación o los criterios para determinarlo (podría darse el supuesto de que una persona no estuviese ya colegiada, y les siguieran remitiendo ofertas de productos y servicios), tampoco se conoce si HNA podría comunicar esos datos a terceros con los que tuviera sus correspondientes acuerdos comerciales, como tampoco se han puesto de manifiesto otras garantías como las medidas de seguridad a aplicar, como el cifrado o la seudonimización. Ni tampoco se dice nada de la información al afectado ni los derechos que le asisten, en especial el de oposición.

En este sentido el Dictamen indica que: *(...)podría requerir medidas técnicas u organizativas para garantizar la separación funcional (como la anonimización parcial o total, la seudonimización y la agregación de datos), pero también medidas adicionales adoptadas en beneficio de los interesados, como una mayor transparencia, con la posibilidad de oponerse o dar un consentimiento específico. La aceptabilidad del resultado dependerá de la evaluación de la compatibilidad en su conjunto (es decir, incluidas las medidas y su efecto sobre los demás aspectos antes mencionados).*

En conclusión, el uso de los datos de los colegiados para acciones de mercadotecnia de terceros constituye una finalidad incompatible con la que inicialmente se buscaba con la recogida de los datos personales, que era formar parte de la corporación profesional y tener los derechos y obligaciones que tal condición confiere.

Es decir es un nuevo tratamiento independiente del original, por lo que debe cumplir los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD desde su inicio,

desde la recogida de los datos. Esto es, recogerse expresamente para esa finalidad y encontrar un supuesto que de licitud a dicho tratamiento, además de los restantes principios que recoge el citado precepto.

IV

Por consiguiente, la incompatibilidad de fines determinaría, por sí sola, la improcedencia de considerar lícito el tratamiento de los datos personales de los colegiados con fines de mercadotecnia de un tercero, HNA. No obstante lo anterior, concurren otras circunstancias que determinarían igualmente, que la prueba de sopesamiento se decante a favor de los interesados.

En un hipotético juicio de ponderación entre *el interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero y los derechos e intereses del afectado*, que correspondería en todo caso al responsable del tratamiento, debería tenerse en cuenta lo siguiente:

El interés legítimo puede ser del responsable o del tercero, por lo que debe analizarse desde la perspectiva de ambos actores, tanto el Colegio Profesional como del HNA.

Comenzando por el Colegio Profesional es preciso el análisis de la exclusión de esta base jurídica que realiza el propio artículo 6 apartado 1 en su último párrafo, al indicar que *“Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.”*

En este sentido, debe indicarse que los colegios profesionales tienen una doble consideración, público y privada, en función de las atribuciones que ejerzan.

El tratamiento que propone la consulta no sirve al ejercicio de las funciones “públicas” del Colegio Profesional, en los términos indicados por su régimen jurídico y por tanto, no sería de aplicación la exclusión indicada, y podría valorarse “la satisfacción del interés legítimo del responsable o de un tercero”.

Desde el punto de vista de HNA, como entidad privada que pretende acceder a la información de la corporación profesional, procede citar el artículo 77.1 g) de la LOPDGDD bajo la denominación “Régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento”, indica en su apartado 1 lo siguiente:

1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.

Y la Disposición adicional décima Comunicaciones de datos por los sujetos enumerados en el artículo 77.1 de la LOPDGDD, establece que:

Los responsables enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica podrán comunicar los datos personales que les sean solicitados por sujetos de derecho privado cuando cuenten con el consentimiento de los afectados o aprecien que concurre en los solicitantes un interés legítimo que prevalezca sobre los derechos e intereses de los afectados conforme a lo establecido en el artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679.

Dicho lo anterior, como respecto del Colegio Profesional, nada se ha indicado en la consulta del eventual interés legítimo que pudiera tener en la comunicación de datos, sino que en todo caso, sería de HNA, (el tercero) por lo que el análisis de la concurrencia de dicho interés legítimo debe circunscribirse a esta.

Y dentro de los intereses de HNA, puede identificarse con carácter preferente, el beneficio económico que subyace tras las acciones de promoción, en el sentido de éstas buscan tener más tomadores de sus servicios de seguros.

Es decir, 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”*.

Doctrina que sería aplicable también al tercero, que ni si quiera es responsable del tratamiento, que no determinó ni los propósitos ni los medios del tratamiento, ya que es en definitiva una tercero ajeno al tratamiento inicial de datos y como tal, lo han de percibir los interesados.

En los Considerandos 47, 69 y 70 del RGPD, se indica respecto del interés legítimo lo siguiente:

(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. (...) El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.

(69) En los casos en que los datos personales puedan ser tratados lícitamente (...) por motivos de intereses legítimos del responsable o de un tercero, el interesado debe, sin embargo, tener derecho a oponerse al tratamiento de cualquier dato personal relativo a su situación particular. Debe ser el responsable el que demuestre que sus intereses legítimos imperiosos prevalecen sobre los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado.

(70) Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información.

Llegados a este punto conviene citar el Informe 50/2019 que analiza la aplicación del interés legítimo como base jurídica del tratamiento y que recoge el Dictamen 6/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, que resulta de aplicación al artículo 6.1 f) RGPD, y otras importantes sentencias en el ámbito europeo:

(...)

No obstante, en este punto interesa resaltar que no nos estamos refiriendo al interés legítimo del responsable del tratamiento, ya que en cuanto Administración Pública, resulta de aplicación la exclusión prevista en el último inciso del apartado 1 del artículo 6 del RGPD (lo dispuesto

en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones) y así lo ha reiterado esta Agencia en su informe 175/2018. Se trata, por el contrario, del interés legítimo del tercero que se relaciona con la Administración (en el presente caso, el solicitante del certificado o el volante de empadronamiento).

“Disposición adicional décima. Comunicaciones de datos por los sujetos enumerados en el artículo 77.1.

Los responsables enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica podrán comunicar los datos personales que les sean solicitados por sujetos de derecho privado cuando cuenten con el consentimiento de los afectados o aprecien que concurre en los solicitantes un interés legítimo que prevalezca sobre los derechos e intereses de los afectados conforme a lo establecido en el artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679”.

III

En relación con el concepto de interés legítimo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 24 de noviembre de 2011, en el Caso Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD), analizando la normativa española de transposición del artículo 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (LCEur 1995, 2977) , 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 analizó los requisitos aplicables al mismo, destacando los siguientes apartados:

“38 Dicho artículo 7, letra f), 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. [...]

40 No obstante, ha de tenerse en cuenta que el segundo de esos requisitos exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que 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 (LCEur 2000, 3480) confieren al interesado (en lo sucesivo, «Carta»). [...]

*44 En lo que respecta a la ponderación requerida por el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977) , 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.***

45 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 (LCEur 2000, 3480) 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. (...)

48 Por lo tanto, sin perjuicio del artículo 8 de la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977) , relativo al tratamiento de determinadas categorías particulares de datos, disposición que no se discute en el litigio principal, el artículo 7, letra f), de dicha Directiva se opone a que un Estado miembro excluya de forma categórica y generalizada la posibilidad de someter a un tratamiento de datos determinadas categorías de datos personales, sin permitir ponderar los derechos e intereses en conflicto en cada caso concreto”.

*En este mismo sentido, la más reciente **sentencia de 4 de mayo de 2017, C-13/16, Rigas Satskime, apartado 28 a 34**, determinó cuáles son los requisitos para que un tratamiento conforme al art. 7, letra f), pueda resultar lícito. La sentencia TJUE de 29 de julio de 2019, C-40/17, Fashion ID, haciéndose eco de la sentencia citada, recoge en su apartado 95 dichos requisitos:*

“A tal respecto, el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 fija tres requisitos acumulativos para que el tratamiento de datos personales resulte lícito: primero, que el responsable del tratamiento o el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos persigan un interés legítimo; segundo, que el tratamiento sea necesario para la satisfacción

de ese interés legítimo y, tercero, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos”.

Y en relación al sopesamiento o ponderación, es decir, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos, el TJUE ha entendido (sentencia Rigas Satskime) que depende de las circunstancias del caso:

31 Por último, en cuanto al requisito de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, ésta dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate (véanse, en ese sentido, las sentencias de 24 de noviembre de 2011, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, C 468/10 y C 469/10, EU:C:2011:777, apartado 40, y de 19 de octubre de 2016, Breyer, C 582/14, EU:C:2016:779, apartado 62).

En interpretación de dicho precepto, el Grupo de Trabajo del art. 29 de la **Directiva 95/46** emitió el **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, de 9 de abril de 2014 (WP 217). Dicho Grupo, en su Dictamen ya señalaba que “El artículo 7, letra f), 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”.

En relación con los posibles intereses en conflicto (Interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero/intereses o derechos fundamentales del interesado) señala lo siguiente:

“El concepto de «interés» es la implicación más amplia que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o el beneficio que este obtenga, o que la sociedad pueda obtener, del tratamiento. Este puede ser apremiante, claro o controvertido. Las situaciones a las que hace referencia el artículo 7, letra f), pueden variar, por tanto, del ejercicio de derechos fundamentales o la protección de intereses personales o sociales importantes a otros contextos menos obvios o incluso problemáticos.

Para que se considere «legítimo» y sea pertinente en virtud del artículo 7, letra f), el interés 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.

*Si el responsable del tratamiento o el tercero al que se comuniquen los datos tiene dicho interés legítimo, esto no significa necesariamente que se pueda utilizar el artículo 7, letra f), como fundamento jurídico del tratamiento. El hecho de que el artículo 7, letra f), pueda utilizarse como fundamento jurídico o no dependerá del resultado de la prueba de sopesamiento siguiente. 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.***

El concepto de «intereses» de los afectados se define incluso de manera más amplia, puesto que no requiere el elemento de «legitimidad». Si el responsable del tratamiento o la tercera parte pueden perseguir cualquier interés, siempre que no sea ilegítimo, el interesado a su vez tendrá 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 o la tercera parte, en tanto en cuanto estén comprendidos en el ámbito de la Directiva.”

Por último, en cuanto a la “prueba de sopesamiento” manifiesta lo siguiente:

“Una valoración apropiada del artículo 7, letra f), no es un examen de ponderación directo que consista solamente en sopesar dos «pesos» fácilmente cuantificables y comparables en la balanza. Por el contrario, dicho examen requiere una consideración completa de una serie de factores, con el fin de garantizar que se tienen en cuenta debidamente los intereses y los derechos fundamentales de los afectados. Al mismo tiempo, se trata de una prueba modulable, que puede variar desde sencilla hasta compleja, y no es necesario que resulte indebidamente onerosa.

Los factores que deben considerarse cuando se efectúe dicha prueba de sopesamiento comprenderán:

- la naturaleza y la fuente del interés legítimo, y si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, resulta de otro modo de interés público o se beneficia del reconocimiento de la comunidad afectada;

- la repercusión para el interesado y sus expectativas razonables sobre qué sucederá con sus datos, así como la naturaleza de los datos y la manera en la que sean tramitados;

- las garantías adicionales que podrían limitar un impacto indebido sobre el interesado, tales como la minimización de los datos, las tecnologías de protección de la intimidad, el aumento de la transparencia, el derecho general e incondicional de exclusión voluntaria y la portabilidad de los datos.”

IV

Por consiguiente, la comunicación de datos al amparo de lo previsto en el artículo 6.1.f) del RGPD requiere la realización de la correspondiente prueba de sopesamiento con el fin de determinar si el interés legítimo del solicitante prevalece sobre el derecho a la protección de datos de los afectados, lo que supone que, por parte del responsable del tratamiento:

a) Debe valorarse el interés legítimo invocado por el solicitante, atendiendo a la concreta finalidad para la que se solicite el certificado o volante de empadronamiento.

b) Debe atenderse igualmente a la especial situación en la que puedan encontrarse los afectados.

c) En cuanto al requisito de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, ésta dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate.

Para la adecuada ponderación, es necesario que el responsable disponga de toda la información necesaria lo que supone, no sólo conocer la finalidad para la que se solicitan los datos, sino, muy especialmente, la incidencia que pueda tener en la esfera del afectado su comunicación, lo que implica el cumplimiento del deber de información en el momento de la obtención de los datos previsto en el artículo 13 del RGPD y el posible ejercicio por el afectado de su derecho de oposición al amparo del artículo 21 del mismo. (...)

V

Respecto de los intereses o derechos y libertades fundamentales de los afectados, que serán objeto de valoración en *el juicio de sopesamiento*, el Dictamen 6/2014, indica que (...) *La referencia a los «intereses o derechos y libertades fundamentales» tiene una repercusión directa en el ámbito de aplicación de esta disposición. Prevé más protección al interesado, es decir, exige que se tenga en cuenta también el «interés» de los afectados, no solo sus derechos y libertades fundamentales.(...) deben tenerse en cuenta todos los intereses pertinentes del interesado(...) Por último, es importante destacar que, a diferencia del caso de los intereses del responsable del tratamiento, el adjetivo «legítimo» no precede aquí al término «intereses» de los interesados. Esto implica un ámbito más amplio de protección de los intereses y derechos de las personas.(...)*

VI

De lo indicado hasta ahora se extrae la siguiente conclusión: no basta con tener un interés legítimo en el tratamiento, como pudiera tener HNA, sino que debe ser necesario y prevalecer sobre los intereses y derechos de los afectados. Y para apreciar dicha prevalencia, es necesario un juicio de ponderación o sopesamiento.

Como se ha indicado antes, la prueba de sopesamiento corresponde al responsable del tratamiento, sin embargo a continuación se destacan elementos que podrían tenerse en cuenta en relación con el tratamiento propuesto en la consulta.

El primer elemento es la concurrencia o no de **la necesidad**. En el Dictamen 6/2014, se indica que *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.*

En efecto, HNA puede tener interés en promocionar sus servicios para conseguir mutualistas, pero la satisfacción del mismo en relación con el

tratamiento propuesto, no puede considerarse éste como necesario tal como a continuación se razona.

Teniendo en cuenta que la inclusión en el régimen del mutualismo es una opción voluntaria como alternativa al RETA y que en el dossier que contiene el formulario de alta en el Colegio Profesional se ofrece información pormenorizada sobre esta posibilidad identificando expresamente a HNA, puede afirmarse que los colegiados ya son conocedores de esta posibilidad y que si así lo estiman, se dirigirán a HNA para formar parte de la mutualidad. En concreto consta la siguiente información:

El abajo firmante manifiesta que, con motivo de su solicitud de incorporación al COLEGIO OFICIAL DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS DE MADRID, ha sido debidamente informado por los servicios colegiales, de la vigente normativa legal en materia de previsión social,(...) INFORMACIÓN PREMAAT / RETA(...)

A lo que hay que añadir que, al ser una opción por disposición legal, debe tenerse en cuenta también el principio de publicidad de las normas.

Es decir, no se considera necesario para satisfacer un interés legítimo indiscutible de HNA en promocionarse, que el Colegio Profesional comunique los datos a HNA para que esta dé a conocer su actividad y servicios mediante acciones de mercadotecnia, pues además de incluirse dicha información en el régimen del mutualismo en la Disposición adicional decimoctava del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, estos ya están informados de dicha posibilidad afiliación, y además, puede considerarse que dicha información y su ofrecimiento, sirve también a promocionar la actividad y servicios de HNA.

VII

Otro aspecto a tener en cuenta en la ponderación, es el referido **a los datos que se pretenden que sean objeto de comunicación y en concreto a su origen**. En las Sentencias citadas anteriormente y en el Dictamen 6/2014, se hace referencia al origen de los datos objeto de tratamiento en el sentido de analizar **si están en fuentes accesibles al público o no**.

En la consulta se indica que *La entidad absorbente (HNA) propone a este Colegio profesional, suscribir un Acuerdo de Colaboración en virtud del cual el Colegio se comprometa a facilitar diariamente el listado de nuevos colegiados, además de facilitar el maestro de colegiados de APAREJADORES MADRID (su base de datos comprensiva de todos los colegiados, sean o no mutualistas de la entidad absorbente HNA).*

Antes de analizar el origen de los datos, es preciso indicar que respecto de los datos de mutualistas de la entidad absorbida, no se encuentra sentido a la comunicación de datos pretendida, pues se entiende que a partir de la fusión por absorción, son parte de HNA y por tanto ya conoce sus datos.

A estos efectos, desde la normativa de protección de datos, sería únicamente destacable lo dispuesto en el **artículo 21 de la LOPDGDD** que bajo la rúbrica “Tratamientos relacionados con la realización de determinadas operaciones mercantiles” establece lo siguiente:

- 1. Salvo prueba en contrario, se presumirán lícitos los tratamientos de datos, incluida su comunicación con carácter previo, que pudieran derivarse del desarrollo de cualquier operación de modificación estructural de sociedades o la aportación o transmisión de negocio o de rama de actividad empresarial, siempre que los tratamientos fueran necesarios para el buen fin de la operación y garanticen, cuando proceda, la continuidad en la prestación de los servicios.*
- 2. En el caso de que la operación no llegara a concluirse, la entidad cesionaria deberá proceder con carácter inmediato a la supresión de los datos, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en esta ley orgánica.*

Así como los deberes de información previstos en el artículo 14 del RGPD referidos a la “Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado”.

Centrado ya el objeto de análisis en los datos de los colegiados que no fueran parte ya de la mutualidad absorbente, y que conforman el listado de profesionales, en el **Informe 91/2016** se abordaba el acceso al listado de colegiados y la incidencia que “las fuentes accesibles al público” previstas en el artículo 3. J) de la derogada LOPD que consideraba como tal *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 pudiera tener por suponer una a la prestación del consentimiento para el tratamiento, de acuerdo con su artículo 6.2 LOPD.*

Y centra su análisis en que no es lo mismo el Registro de colegiados previsto en el artículo 10.2 a) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que el “listado de colegiados” que puede tener la corporación profesional.

(...)

Respecto a las demás cuestiones planteadas, cabe recordar que debe diferenciarse el acceso a datos incluidos en las denominadas fuentes accesibles al público a que hacen referencia los artículos 3 y 28 de la Ley Orgánica 15/1999, del acceso al Registro de colegiados previsto en el artículo 10.2 a) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, tras la modificación introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ya que responden a una finalidad diversa y a distinta legitimación para el tratamiento posterior de los datos contenidos en los mismos.

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.

(...)

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.

En el caso de los listados profesionales que al amparo de lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999 pudieran existir podrá excluirse el uso de los datos con fines de publicidad, en la forma prevista en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 15/1999. En consecuencia, si el Colegio Profesional consultante fuese el responsable de un listado de profesionales, en los términos de la Ley Orgánica 15/1999 y por tanto distinto al Registro de colegiados, a él deberán dirigirse los colegiados para solicitar la exclusión del uso de sus datos con fines publicitarios

En lo que respecta a la posibilidad de que el Colegio Profesional excluya la totalidad de los datos de un colegiado, a solicitud de éste, de los ficheros a que venimos haciendo referencia, debe examinarse la aplicabilidad en cada caso del derecho de oposición, regulado en el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 15/1999 según el cual “En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

Así, para que el artículo 6.4 sea de aplicación es necesario, en primer lugar, que concurra un motivo legítimo y fundado, referido a la concreta situación personal del afectado. Se trata, por tanto, de un elemento eminentemente casuístico, tal y como viene manteniendo esta Agencia, que debe ser estudiado en cada supuesto de hecho concreto, sin que pueda ofrecerse una respuesta abstracta. En segundo lugar, se exige que una Ley no disponga lo contrario. Respecto a este segundo requisito, debe tenerse en cuenta que el acceso a los datos contenidos en el Registro de colegiados, se encuentra impuesto por el artículo 10.2 de la Ley 2/1974, de este modo, en tanto que existe una Ley que establece la obligación de permitir el acceso a dicho Registro en los términos contemplados en la misma, faltaría uno de los elementos que permiten el reconocimiento del derecho de oposición.

No obstante, en lo que respecta a los listados a que hace referencia el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, en tanto no exista una norma con rango de Ley que imponga la obligación de los colegiados de figurar en el listado de profesionales que pudiera mantener el Colegio Profesional consultante, cabría reconocer el derecho de oposición al colegiado que justifique la existencia de un motivo legítimo y fundado referido a su concreta situación personal.

(...)

Por lo que puede afirmarse que el Registro de colegiados al que se refiere el artículo 10.2 de la Ley 2/1974, no puede usarse con fines de mercadotecnia.

En otro caso, en cuanto a los *listados de profesionales*, el informe indica que pudiera excluirse la finalidad publicitaria en la forma del artículo 28.2 de la derogada LOPD, es decir mediante el derecho de oposición.

En el actual RGPD y en la LOPDGDD, no se encuentra una regulación similar respecto de las fuentes accesibles al público, sino que únicamente en el Considerando 61 se ofrece una referencia: *Se debe facilitar a los interesados la información sobre el tratamiento de sus datos personales en el momento en que se obtengan de ellos o, si se obtienen de otra fuente, en un plazo razonable, dependiendo de las circunstancias del caso ... Cuando el origen de los datos personales no pueda facilitarse al interesado por haberse utilizado varias fuentes, debe facilitarse información general.*

O en el artículo 14. 2 f) del RGPD que indica que *2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente respecto del interesado: f) la fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público;*

Teniendo en cuenta lo anterior, el criterio de la AEPD ha sido que con el RGPD en vigor, no puede hablarse de un concepto legal de «fuentes accesibles al público» como el que existía en la derogada LOPD ni de que el hecho de que los datos aparezcan en este tipo de fuentes legitime sin más el tratamiento. Como se pone de manifiesto, el RGPD sólo habla de fuentes de acceso público al regular el derecho a la información si los datos no se han recogido del interesado.

En definitiva, como extensamente se analiza en el **Informe 89/2020**, que los datos estén en fuentes accesibles al público no supone que el tratamiento que se quiera llevar a cabo sea lícito o este legitimado por dicha circunstancia, es decir, se muestra insuficiente, ya que deberán cumplirse los principios y salvaguardas del RGPD.

Por lo que el hecho de que un dato sea accesible por cualquiera puede ser tenido en cuenta a la hora de realizar la ponderación del artículo 6.1.f) (tal como señala el TJUE en su Sentencia de 24 de noviembre de 2011), pero no implica necesariamente que el tratamiento vaya a ser lícito, por cuanto se deben respetar los restantes principios del RGPD.

En este sentido el Informe 136/2018 analiza la publicación de datos personales en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (fuente accesible al público en los términos del artículo 3.j LOPD), y el uso promocional que pudieran hacer los agentes de la propiedad industrial, concluyendo que debía prevalecer el derecho a la protección de datos personales, ya que la publicación de los datos no nace de los afectados *motu proprio*, sino que es una obligación legal que sirve a una finalidad determinada y derivado de ello, los afectados no pueden prever razonablemente esa nueva finalidad promocional. Es decir, dicho tratamiento no es acorde con el principio de limitación de finalidad.

Por lo tanto, si los datos del Registro de Profesionales (ex artículo 10.2 LCP) no pueden ser tratados para fines de mercadotecnia, conviene analizar si el Colegio Profesional tiene o elabora otro listado o censo, respecto del que su

acceso pudiera considerarse libre, en el sentido de ser fuente a accesible al público y valorarlo como otro elemento en el juicio de ponderación o sopesamiento de intereses y derechos, a los efectos de aplicar el artículo 6.1 f) del RGPD.

En efecto, en la página web del Colegio Profesional se ofrece un formulario de búsqueda online de los colegiados¹, en el que se informa de lo siguiente:

A continuación se ofrece acceso directo a los datos de contacto de los Aparejadores y Arquitectos Técnicos Colegiados que ofrecen sus servicios y disponibilidad para la realización de trabajos solicitados por particulares. Este listado tiene una finalidad estrictamente limitada a ofertar los servicios y disponibilidad de los colegiados incluidos en el mismo, para la realización de trabajos profesionales. Único uso autorizado expresamente por quienes solicitaron su inclusión. Cualquier otro uso de los datos de carácter personal contenidos en el mismo podría ser constitutivo de una infracción de la actual normativa en materia de protección de datos.

Asimismo, en relación con el mismo servicio el colegio ofrece a los colegiados para su incorporación a ese listado un formulario de alta² en el que expresamente el titular de los datos autoriza su inclusión y el tratamiento de sus datos para esa finalidad.

En el formulario, además, se informa sobre la finalidad del listado de profesionales “A través de este listado se pretende dar a conocer los ámbitos de actuación profesionales de los colegiados y facilitar al público en general la localización de un técnico acorde a sus necesidades”(…) El Colegio ha recibido quejas de colegiados registrados en el listado de profesionales sobre recepción de comunicaciones publicitarias, promocionales o no referidas estrictamente a contactos relacionados con contrataciones profesionales. En este sentido, APAREJADORES MADRID procede a proteger los datos del colegiado inscrito en el listado con las máximas garantías, evitando que sus datos sean utilizados con otras finalidades diferentes a la posible contratación de sus servicios profesionales. Así, junto al aplicativo que permite la búsqueda de profesionales, se incluyen los correspondientes avisos legales para evitar que dichos datos

¹ <https://www.aparejadoresmadrid.es/servicios-ciudadanos-empresas/contrata-a-un-profesional>

² <https://www.aparejadoresmadrid.es/documents/20181/57210/InclusionListadoProfesionales/f1227b6a-1634-4c0f-be02-009951fe6e44>
c. Jorge Juan 6
28001 Madrid

sean considerados fuentes accesibles al público y puedan ser utilizados con finalidades no permitidas.”

Por lo tanto, y en relación a la valoración del origen de los datos que pudieran ser objeto de comunicación a HNA, como otro elemento más en la ponderación de los intereses y derechos *en juego*, debe indicarse que el Colegio Profesional elabora un “listado de profesionales” cuyo acceso es público, es decir que contiene una información que es accesible legítimamente por cualquier persona, (sin restricciones en cuanto al acceso), pero que **en relación con su finalidad obedece a una claramente determinada, que excluye expresamente la finalidad publicitaria** y en última instancia, que requiere **el consentimiento expreso y previo** por parte de los titulares de los datos objeto de tratamiento.

En consecuencia, la circunstancia de **que los datos estén accesibles al público no opera en favor del interés legítimo de HNA a los efectos pretendidos en la comunicación de datos que propone.**

VIII

En relación con la finalidad como otro elemento más a valorar en la ponderación de intereses y derechos concurrentes, debemos remitirnos a lo indicado anteriormente, en el sentido de que no existe compatibilidad entre la finalidad pretendida y la finalidad inicial para la que se recogieron los datos. Si la finalidad es incompatible no hay interés legítimo.

IX

Por otra parte, debe también analizarse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LOPDGDD que HNA considera de aplicación para legitimar el tratamiento propuesto.

A tal efecto establece el citado artículo bajo la rúbrica “Tratamiento de datos de contacto, de empresarios individuales y de profesionales liberales” establece lo siguiente:

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá amparado en lo dispuesto en el artículo 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679 el tratamiento de los datos de contacto y en su caso los relativos a la función o puesto desempeñado de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) *Que el tratamiento se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional.*

b) *Que la finalidad del tratamiento sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios.*

2. La misma presunción operará para el tratamiento de los datos relativos a los empresarios individuales y a los profesionales liberales, cuando se refieran a ellos únicamente en dicha condición y no se traten para entablar una relación con los mismos como personas físicas.

3. Los responsables o encargados del tratamiento a los que se refiere el artículo 77.1 de esta ley orgánica podrán también tratar los datos mencionados en los dos apartados anteriores cuando ello se derive de una obligación legal o sea necesario para el ejercicio de sus competencias.

De acuerdo con lo expuesto, sería aplicable el artículo 19.2 LOPDGDD para que HNA se pusiera en contacto con los colegiados, en tanto profesionales liberales, pero una vez que tuviera los datos al amparo de una de las bases jurídicas del artículo 6 del RGPD y únicamente para ofrecerle servicios derivados de su condición de profesional, y no por ejemplo, para seguros de otra clase o que nada tenga que ver con su profesión.

Es decir, el citado artículo 19.2 LOPDGDD operaría una vez que se ha producido la comunicación de datos que es objeto de análisis en el presente informe, siempre y cuando se dieran los demás requisitos para aplicar el artículo 6.1 f) RGPD y que están siendo objeto de análisis en el presente informe (ponderación, compatibilidad de finalidades, información y transparencia, derechos, garantías, etc.), u otras bases jurídicas previstas en el citado artículo 6.

X

Finalmente, en relación con lo indicado en los Considerandos 69 y 70 del RGPD antes citados (junto con el 47), se establece la necesidad de que para apreciar la concurrencia de un interés legítimo (prevalente) debe ofrecerse información al afectado sobre el tratamiento y otorgarle los medios adecuados para que pueda ejercer su derecho de oposición.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm 1620/2020 de 26 de noviembre de 2020, resuelve un recurso de casación donde se analiza la aplicación del interés legítimo (artículo 6.1 f) RGPD) para acciones de mercadotecnia, es decir, sin el consentimiento del afectado, y cita lo siguiente:

No cabe la menor duda de que el Reglamento comunitario y la Ley Orgánica española de 2018 ha cambiado de manera sustancial la regulación de protección de datos, dándole una mayor flexibilidad. Es cierto, como expone la recurrente, que el artículo 6.1 enumera ahora seis distintos supuestos habilitantes para el tratamiento de datos y que el enunciado en la letra f) del apartado consiste en que el mismo sea «necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero». Y también es cierto que el tratamiento de datos para la mercadotecnia directa es objeto de atención expresa en el considerando 47 in fine y en el artículo 21, dedicado éste al derecho de oposición al tratamiento por parte del sujeto interesado. 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 relación con lo expuesto, nada se indica sobre la información sobre este nuevo tratamiento que pudiera darse y sobre como el afectado podría oponerse y de qué manera se le comunicaría explícitamente esta opción.

Circunstancias que deben darse ineludiblemente para poder aplicar la base jurídica prevista en el artículo 6.1 f) del RGPD.

XI

De lo indicado hasta ahora en relación con la aplicación del artículo 6.1 f) RGPD al tratamiento que propone la consulta, debe concluirse que del resultado del *juicio de ponderación* sobre los elementos que se han citado a título ejemplificativo, y que en última instancia corresponde al responsable del tratamiento, no se determina con claridad la prevalencia de los intereses de HNA sobre los derechos e intereses de los afectados.

XII

En relación con el consentimiento, debe indicarse en primer lugar, que se analiza la aplicación de esta base jurídica, en la medida en que el

tratamiento para el cual se va a solicitar no forma parte de las funciones “públicas” del colegio profesional.

Pues como se verá adelante una de las características que debe revestir el consentimiento es que sea otorgado libremente, y a estos efectos cuando existe una relación de poder o desequilibrio no puede considerarse como tal, como suele suceder en el tratamiento de datos que lleven a cabo las autoridades públicas. Existen otras bases jurídicas que son, en principio, más adecuadas para el tratamiento de datos por las autoridades públicas como las previstas en los apartados c) y e) del artículo 6 RGPD.

En segundo lugar, las Directrices 5/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos de 4 de mayo de 2020, “Sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679” indican que “ el consentimiento solo puede ser una base jurídica adecuada si se ofrece al interesado control y una capacidad real de elección con respecto a si desea aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas o rechazarlas sin sufrir perjuicio alguno. Cuando solicita el consentimiento, el responsable del tratamiento tiene la obligación de evaluar si dicho consentimiento cumplirá todos los requisitos para la obtención de un consentimiento válido. Si se obtiene en pleno cumplimiento del RGPD, el consentimiento es una herramienta que otorga a los interesados el control sobre si los datos personales que les conciernen van a ser tratados o no. Si no es así, el control del interesado será meramente ilusorio y el consentimiento no será una base jurídica válida para el tratamiento, lo que convertirá dicha actividad de tratamiento en una actividad ilícita”

Dispone el artículo 6.1 a) del RGPD que el tratamiento se considera lícito si *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos.*

El consentimiento ha sido objeto de una profunda regulación en el RGPD, estableciéndose su definición en el artículo 4.11 del RGPD y sus condiciones en el artículo 7 del RGPD y en los respectivos considerandos:

Dispone el artículo 4.11 RGPD que a efectos del Reglamento se entenderá por «consentimiento del interesado»:

(...) toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen(...)

Dispone el artículo 7 RGPD:

1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.
2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.
3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.
4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.

En el Considerando 42 del RGPD se indica que: (...)El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.(...).

En términos generales, el consentimiento quedará invalidado por cualquier influencia o presión inadecuada ejercida sobre el interesado (que puede manifestarse de formas muy distintas) que impida que este ejerza su libre voluntad.

En el Considerando 43 del RGPD se indica que: (...)Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea

dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.(...).

De acuerdo con lo expuesto, el consentimiento ha de prestarse de modo libre, lo que implica que la elección del titular de los datos no se vea condicionada por diversos factores, como puede ser un desequilibrio entre el aquel y el responsable del tratamiento, o que se sufra un perjuicio en caso de no prestarlo. Asimismo debe existir la posibilidad de revocar el consentimiento sin menoscabar la situación del afectado.

Asimismo, en las citadas Directrices 5/2020 del CEPD de 4 de mayo de 2020, “Sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, que establecen lo siguiente: (...)

36. En cualquier caso, la carga de la prueba respecto al artículo 7.4 RGPD, recae sobre el responsable del tratamiento. Esta norma concreta refleja el principio general de rendición de cuentas presente en todo el RGPD. (...)

55. El artículo 6, apartado 1, letra a), confirma que el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos debe darse «para uno o varios fines específicos» y que un interesado puede elegir con respecto a cada uno de dichos fines. El requisito de que el consentimiento deba ser «específico» tiene por objeto garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado(...)

64. Para que el consentimiento sea informado es necesario comunicar al interesado ciertos elementos que son cruciales para poder elegir. Por tanto, el CEPD opina que se requiere, al menos, la información siguiente para obtener el consentimiento válido:

- i. la identidad del responsable del tratamiento,*
- ii. el fin de cada una de las operaciones de tratamiento para las que se solicita el consentimiento,*
- iii. qué (tipo de) datos van a recogerse y utilizarse,*
- iv. la existencia del derecho a retirar el consentimiento,*
- v. información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas de conformidad con el artículo 22, apartado 2, letra c)36, cuando sea pertinente,*
- vi. información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, tal y como se describen en el artículo 46(...)*

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que se han descartado las restantes bases jurídicas que se recogen en el artículo 6.1 del RGPD, el Colegio debería obtener el consentimiento previo de los colegiados para llevar a cabo la comunicación de datos a HNA.

Ahora bien, debe ser un consentimiento informado, es decir, que se ofrezca la información que se requiere en el artículo 13 del RGPD, y que su prestación o revocación no condicione su acceso a la condición de colegiado, o que de algún modo le situé en desventaja o desigualdad respecto de aquellos que si lo hubieran otorgado. Por llevar acompañado dicha prestación promociones o descuentos en algún producto o servicio que no se tuviera si no se hubiera prestado.

Además debe estar claramente identificada la finalidad de ese tratamiento respecto de otras, y en ningún caso sería conforme al RGPD, que se obtuviera mediante una fórmula que la inacción conllevara su prestación, es decir, no es posible la prestación del consentimiento tácito o por omisión.

Finalmente, cabe indicar que a efectos prácticos, y en al medida en que en el dossier que contiene el formulario de alta en la web del colegio profesional, se informa expresamente de la alternativa al RETA que ofrece HNA, sería adecuado incluir en la misma, o a continuación, la información referida al citado artículo 13 RGPD y una casilla (sin premarcar, por mucho que pudiera desmarcarse por el afectado) para que el colegiado pudiera prestar su consentimiento, (debe resultar evidente que el interesado ha dado su consentimiento a una operación concreta de tratamiento de datos) y ofrecerle la información precisa sobre los medios para que, en caso de haber prestado el consentimiento, en el futuro pudiera ser objeto de revocación.