

I

Tal y como indica la disposición final séptima del texto sometido a informe, constituye su objeto incorporar al derecho interno lo establecido en la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE. Asimismo, la entrada en vigor del Proyecto supondrá la derogación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Recuerda la exposición de motivos del Anteproyecto objeto de informe que “Consolidada la zona única de pagos, se hace preciso avanzar en la adaptación de la regulación a los nuevos cambios tecnológicos que permiten a los usuarios disponer de forma más fiable de nuevos servicios de pago y nuevos agentes que van implantándose de forma cada vez más intensa, especialmente en el contexto de un mercado más amplio que el nacional”.

Por su parte, añade la Memoria de impacto normativo que “El avance de las tecnologías de la información y de la comunicación ha propiciado importantes novedades en los esquemas y procesos de pagos, con la entrada de nuevos agentes y modelos de negocio en el ámbito de los pagos. Estos procesos contribuyen de forma positiva a la agilización y el abaratamiento de los costes, tendencia ésta ligada a la consolidación de una masa crítica de usuarios que participen en ellos. No obstante, la mayor complejidad técnica genera inevitablemente un aumento de los riesgos de seguridad en la cadena de pagos electrónicos. La fiabilidad de tales servicios es una condición clave en la generalización de su uso y en la obtención de las ventajas asociadas al mismo”

En el mismo sentido, la Exposición de motivos se refiere a estos nuevos servicios, indicando que “Este nuevo marco europeo, que la presente ley traslada a nuestro país, tiene como principales objetivos facilitar y mejorar la

seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la norma anterior, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet”.

Desde el punto de vista de la aplicación de las normas de protección de datos, el considerando 90 de la Directiva 2015/2366 señala que “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar, a la protección de los datos de carácter personal, a la libertad de empresa, a la tutela judicial efectiva y a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. La presente Directiva debe aplicarse de acuerdo con esos derechos y principios”.

En particular, conforme al considerando 89 “La prestación de servicios de pago por los prestadores de servicios de pago puede conllevar el tratamiento de datos personales. Procede aplicar la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las disposiciones nacionales de incorporación de la Directiva 95/46/CE y el Reglamento (CE) n o 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al tratamiento de datos personales a los efectos de la presente Directiva. En particular, cuando a efectos de la presente Directiva hayan de tratarse datos personales, deben especificarse los fines precisos, mencionarse la base jurídica pertinente y cumplir los requisitos de seguridad pertinentes establecidos en la Directiva 95/46/CE, y se deben respetar los principios de necesidad, proporcionalidad, limitación de finalidad y plazo de retención de datos proporcionado. Asimismo, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto debe incorporarse en todos los sistemas de tratamiento de datos desarrollados y usados en el marco de la presente Directiva”.

En este sentido, es preciso poner de manifiesto que con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva se produjo la aprobación y plena aplicación, a partir del 25 de mayo de 2018, del Reglamento general de protección de datos, lo que implica que algunos de los principios mencionados en el considerando que acaba de reproducirse resultan ahora de obligado cumplimiento, al incluirse en una norma de derecho de la Unión dotada de efecto Directo. Así, por ejemplo, los principios de protección de datos desde el

diseño y por defecto aparecen regulados como obligaciones del responsable en el artículo 25 del Reglamento.

Este cambio normativo aparece expresamente recogido en el Anteproyecto sometido a informe, por cuanto el artículo 60.1, sin perjuicio de lo que posteriormente se indicará, establece expresamente que “El tratamiento y cesión de los datos relacionados con las actividades a las que se refiere la presente Ley se encuentran sometidos a lo dispuesto 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 normativa española de protección de datos”.

Por otra parte, la Directiva 2015/2366, además de lo indicado en sus considerandos, se refiere en su articulado a la aplicación de las normas de protección de datos.

Así, el artículo 65.3, reproducido igualmente en el Anteproyecto sometido a informe, dispone que “De conformidad con la Directiva 95/46/CE, la confirmación a que hace referencia el apartado 1 consistirá únicamente en una simple respuesta de «sí» o «no» y no en un extracto del saldo de cuenta. Esa respuesta no se conservará ni utilizará para fines distintos de la ejecución de la operación de pago con tarjeta”.

A su vez, el artículo 94, bajo la rúbrica “protección de datos, establece lo siguiente:

“1. Los Estados miembros autorizarán el tratamiento de datos personales por los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago cuando sea necesario a fin de garantizar la prevención, la investigación y el descubrimiento del fraude en los pagos. La facilitación de información a las personas sobre el tratamiento de los datos personales y el tratamiento de dichos datos personales y cualquier otro tratamiento de datos personales a los fines de lo dispuesto en la presente Directiva se llevarán a cabo de conformidad con la Directiva 95/46/CE, con las normas nacionales de transposición de dicha Directiva y con el Reglamento (CE) n o 45/2001.

2. Los proveedores de servicios de pago únicamente obtendrán, tratarán y conservarán los datos personales necesarios para la provisión de sus



servicios de pago, únicamente con el consentimiento expreso del usuario del servicio de pago.”

Es por último preciso recordar, dentro de estas consideraciones preliminares, que la vigente Ley 16/2009 establece reglas de protección de datos en su artículo 49, disponiendo lo siguiente:

“1. El tratamiento y cesión de los datos relacionados con las actividades a las que se refiere la presente Ley se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento por parte de los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago de los datos de carácter personal que resulten necesarios para garantizar la prevención, investigación y descubrimiento del fraude en los pagos.

Asimismo, los sujetos a los que se refiere el párrafo anterior podrán intercambiar entre sí, sin precisar el consentimiento del interesado, la información que resulte necesaria para el cumplimiento de los citados fines.

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.5 de la Ley Orgánica 15/1999, no será preciso informar al afectado acerca del tratamiento y las cesiones de datos a las que se refiere el apartado anterior.”

II

Hechas estas consideraciones, el Anteproyecto sometido a informe recoge una serie de previsiones que implicarán la realización de distintos tratamientos de datos de carácter personal y que vienen en gran medida a reiterar los que ya se establecían en la vigente Ley 16/2009. Dentro de dichos tratamientos cabe diferenciar entre los llevados a cabo como consecuencia de la tramitación del expediente de autorización de las entidades prestadoras de los distintos servicios de pago así como los necesarios para el mantenimiento de las condiciones de funcionamiento de las mismas, contenidos fundamentalmente en el Título II del Anteproyecto; los relacionados con el ejercicio de las potestades de supervisión de las entidades, también previstos en ese Título; y los que se llevan a cabo como consecuencia de la prestación de los distintos servicios de pago, recogidos a lo largo del Título IV del Anteproyecto y que culminan con la inclusión del Capítulo IV, formado por el citado artículo 60, referido a “protección de datos”.



En relación con los tratamientos relacionados con la autorización de funcionamiento de las entidades, el artículo 10 del Anteproyecto señala en el apartado 3 b) que procederá la denegación de la autorización cuando no se considere adecuada la idoneidad de los accionistas que vayan a tener una participación significativa atendiendo entre otros criterios a la “honorabilidad comercial y profesional de los accionistas, conforme al artículo 24.3.a) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”.

Del mismo modo, conforme al artículo 10.3 c) procederá la denegación “Cuando sus administradores y directivos no tengan la honorabilidad comercial y profesional requerida, conforme al artículo 24.3.a) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, o carezcan de la experiencia o los conocimientos mínimos necesarios”.

Además, se prevé en el artículo 10.4 que “Los requisitos exigibles para la autorización lo serán también, en los términos que se indiquen reglamentariamente, para conservarla. En particular, y a tales efectos, las personas físicas y jurídicas que pretendan adquirir, directa o indirectamente, una participación significativa en una entidad de pago deberán informar al Banco de España indicando la cuantía de la participación alcanzada, así como la información pertinente”. A tal efecto, conforme al artículo 12.2 “Toda persona física o jurídica que, por sí sola o actuando de forma concertada con otras, haya decidido adquirir o incrementar, directa o indirectamente, una participación significativa en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 36, del Reglamento (UE) nº 575/2013 en una entidad de pago, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída pase a ser igual o superior al 20, 30 o 50 %, o que, en virtud de la adquisición, pudiera llegar a controlar la entidad de pago, deberá notificar su intención previamente y por escrito al Banco de España, indicando la cuantía de la participación prevista e incluyendo toda la información que reglamentariamente se determine. Dicha información deberá ser pertinente para la evaluación, y proporcional y adecuada a la naturaleza del adquirente potencial y de la adquisición propuesta. Lo anterior se aplicará asimismo a toda persona física o jurídica que decida deshacerse, directa o indirectamente, de una participación significativa o reducirla de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída pase a ser inferior al 20, 30 o 50 %, o que pudiera dejar de tener el control efectivo de la entidad de pago”.

Asimismo, el artículo 17.1 impone a las entidades que pretendan prestar servicios de pago en otro Estado miembro deberán comunicarlo al Banco de España, incluyendo los datos referentes a los agentes que se propongan utilizar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, así como la identidad de los responsables de gestión de la sucursal.



Estas obligaciones se recogen además de forma general en relación con las entidades que pretendan servirse de agentes en el desarrollo de su actividad, que deberán aportar la información sobre los mismos a la que se refiere el artículo 18 del Anteproyecto.

Finalmente, el artículo 10.5 establece que “Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, las entidades de pago deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritas en el Registro Especial de Entidades de Pago del Banco de España. En ese Registro figurarán además de las entidades de pago autorizadas, sus agentes y sucursales. En dicho Registro se harán constar los servicios de pago para los que se haya habilitado a cada entidad de pago, así como, en su caso, la revocación de su autorización y aquella información que el Gobierno pueda establecer mediante Real Decreto”, añadiendo que “Igualmente, figuraran inscritas en dicho registro quienes vayan a operar en régimen de libre prestación de servicios, las entidades que disfruten de las exenciones de autorización previstas en las letras k), incisos (i) o (ii), y l) del artículo 4, así como, en su caso, la revocación de la exención. El Banco de España notificará a la Autoridad Bancaria Europea la información que consigne en este Registro, siendo responsable de la exactitud de la misma. El Registro será público y accesible a través de internet”.

EL artículo 6.1 c) del Reglamento general de protección de datos establece que el tratamiento de datos personales será lícito si “es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, añadiendo el artículo 6.3 que “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”.

Pues bien, las obligaciones que se han venido indicando aparecen expresamente recogidas en la Directiva 2015/2366, siendo fiel trasposición de las mismas, por lo que los tratamientos descritos se pueden considerar amparados por el mencionado artículo 6.1 c), al aparecer la obligación legal de tratamiento recogida en el Derecho de la Unión y pretender el Anteproyecto su incorporación al derecho interno.

Así, el artículo 5.1 de la Directiva dispone que para obtener autorización como entidad de pago, se remitirá a las autoridades competentes del Estado miembro de origen una solicitud acompañada de “la identidad de las personas que posean, directa o indirectamente, participaciones significativas en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 36, del Reglamento (UE) n o 575/2013, con indicación de la cuantía de su participación efectiva y pruebas de su idoneidad, atendiendo a la necesidad de garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de pago” (letra M) y “la identidad de los administradores y las personas responsables de la gestión de la entidad de pago y, en su caso, de

las personas responsables de la gestión de los servicios de pago de la entidad de pago, así como pruebas de su honorabilidad y experiencia y los conocimientos adecuados para la prestación de los servicios de pago, según determine el Estado miembro de origen de la entidad de pago” (letra n).

Igualmente, el artículo 6.1 establece que “

Toda persona física o jurídica que decida adquirir o incrementar, directa o indirectamente, una participación significativa en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 36, del Reglamento (UE) n o 575/2013 en una entidad de pago, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída pase a ser igual o superior al 20, 30 o 50 %, o que la entidad de pago se convierta en filial, deberá notificar su intención previamente y por escrito a las autoridades competentes respecto de la entidad de pago de que se trate. Lo anterior se aplicará asimismo a toda persona física o jurídica que decida deshacerse, directa o indirectamente, de una participación significativa o reducirla de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída pase a ser inferior al 20, 30 o 50 %, o que la entidad de pago deje de ser su filial”.

Los requisitos de notificación de la identidad y circunstancias de los agentes con los que pretenda desarrollar su actividad el prestador se recogen en el artículo 19, debiendo aportarse su identificación, así como los datos referidos a “la identidad de los administradores y personas responsables de la gestión del agente al que vaya a recurrirse para la prestación de servicios de pago, y, para los agentes que no sean proveedores de servicios de pago, una prueba de su honorabilidad y profesionalidad.

En cuanto a las obligaciones de registro, el artículo 14 de la Directiva establece los requisitos de registro en el Estado miembros, refiriéndose el artículo 15 al registro de la Autoridad bancaria Europea.

Por tanto, conforme se ha indicado, los tratamientos previstos en todas estas disposiciones se encuentran amparados por el artículo 6.1 c) del Reglamento general de protección de datos en relación con las normas de la Directiva a las que se acaba de hacer referencia.

III

Dentro de las disposiciones a las que se viene haciendo referencia, el artículo 19 del Anteproyecto establece que “Las entidades de pago conservarán todos los documentos necesarios a efectos del presente Título durante, al menos, seis años, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del



terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o de la Unión aplicables”.

Como es sabido, el principio de conservación de datos constituye uno de los principios básicos de protección de datos personales, estableciendo el artículo 5.1 e) del Reglamento general de protección de datos que los datos personales serán “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”.

El artículo 21 de la Directiva 2015/2366 dispone que “Los Estados miembros exigirán a las entidades de pago que conserven todos los documentos necesarios a efectos del presente título durante cinco años como mínimo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2015/849 y de otras disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión”.

Es decir, la norma que establece la obligación legal que justifica el tratamiento de los datos de carácter personal prevé un plazo mínimo de conservación acorde a la finalidad que motiva el tratamiento (la obligación legal) de cinco años. Sin embargo, el Anteproyecto amplía dicho plazo a seis años, sin que conste motivo alguno para dicha ampliación, teniendo además en cuenta que los datos sí se conservarán, como exige la Directiva y prevé el último inciso del artículo 19 del Anteproyecto, para el cumplimiento de otras obligaciones legales, como por ejemplo, las previstas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, que fija dicho plazo en diez años.

Tomando en cuenta lo anterior, **sería necesario que el Anteproyecto rebajase el plazo de conservación mínimo establecido en su artículo 19 de los seis años que se prevén en la redacción sometida a informe a los cinco años previstos en el artículo 21 de la Directiva.**

IV

Como ya se indicó, el segundo grupo de normas a tomar en consideración en el presente informe se relacionan con el ejercicio de las potestades de supervisión, recogidas en el Título II del Anteproyecto.

En este sentido, el artículo 21 otorga la competencia supervisora al Banco de España, estableciendo el segundo párrafo de su apartado 1 que “el Banco de España podrá recabar de las entidades y personas sujetas a su supervisión cuanta información sea necesaria para comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina a que aquellas estén sujetas. Con el fin de que el Banco de España pueda obtener dicha información, o confirmar su veracidad, las entidades y personas mencionadas quedan obligadas a poner a disposición del Banco cuantos libros, registros y documentos considere



precisos, incluidos los programas informáticos, ficheros y bases de datos, sea cual sea su soporte, físico o virtual. Igualmente, podrá efectuar inspecciones in situ en la entidad de pago, en cualesquiera agentes o sucursales que presten servicios de pago bajo la responsabilidad de la entidad de pago o en cualquier entidad a la que se hayan externalizado actividades”.

Asimismo, el párrafo segundo del apartado 5 recuerda que “Toda entidad de pago que tenga en territorio español agentes o sucursales estará obligada a facilitar al Banco de España la información, puntual o periódica, que éste le requiera para el cumplimiento de su función de supervisión”.

Esta norma se completa con lo dispuesto en el artículo 22, que recoge los supuestos en que será posible el intercambio de información con otras autoridades supervisoras. Así, los apartados 1 y 3 del precepto disponen lo siguiente:

“1. En el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección de las entidades de pago, el Banco de España colaborará con las autoridades que tengan encomendadas funciones semejantes en otros Estados y podrá comunicar informaciones relativas a la dirección, gestión y propiedad de estas entidades, así como las que puedan facilitar el control de solvencia de las mismas y su supervisión o sirva para evitar, perseguir o sancionar conductas irregulares; igualmente, podrá suscribir, a tal efecto, acuerdos de colaboración.

En el caso de que las autoridades competentes no pertenezcan a otro Estado miembro, el suministro de estas informaciones exigirá que exista reciprocidad y que las autoridades competentes se hallen sujetas al deber de secreto profesional en condiciones que, como mínimo, sean equiparables a las establecidas por las leyes españolas.

En el caso de que las autoridades competentes pertenezcan a otro Estado miembro, el Banco de España facilitará a las interesadas, por propia iniciativa, cualquier información que sea esencial para el ejercicio de sus tareas de supervisión, y, cuando se le solicite, toda información pertinente a iguales fines.

(...)

3. Adicionalmente, el Banco de España podrá intercambiar información que sea relevante para el ejercicio de sus respectivas competencias con:

a) El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en su calidad de autoridades monetarias y de supervisión, y, en su caso, con otras autoridades públicas responsables de la vigilancia de los sistemas de pago y liquidación, y de la autorización y supervisión de las entidades de pago;



b) la Autoridad Bancaria Europea, en su función de contribuir al funcionamiento consecuente y coherente de los mecanismos de supervisión a que se refiere el artículo 1, apartado 5, letra a), del Reglamento (UE) nº 1093/2010.

c) otras autoridades pertinentes designadas en virtud de la presente Ley, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y sus disposiciones de desarrollo y de otras disposiciones de Derecho comunitario aplicables a los proveedores de servicios de pago.”

La Sección tercera del Capítulo II del Título II de la Directiva establece el régimen de supervisión, estableciendo el artículo 23.2 que “Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes designadas en virtud del apartado 1 posean todas las facultades necesarias para el desempeño de su cometido”. Añade el artículo 24.1 que “Los Estados miembros velarán por que los controles efectuados por las autoridades competentes a fin de comprobar que se mantenga el cumplimiento de lo dispuesto en el presente título sean proporcionados, suficientes y adecuados para los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades de pago”.

A su vez, conforme al artículo 26.1 “Las autoridades competentes de los distintos Estados miembros cooperarán entre sí y, cuando proceda, con el BCE, los bancos centrales nacionales de los Estados miembros, la ABE y las demás autoridades competentes designadas en virtud del Derecho de la Unión o del Derecho nacional aplicable a los proveedores de servicios de pago”. El artículo 26.2 añade que “los Estados miembros permitirán el intercambio de información entre sus autoridades competentes y a) las autoridades competentes de otros Estados miembros responsables de la autorización y supervisión de las entidades de pago; b) el BCE y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros, en su calidad de autoridades monetarias y de supervisión, y, en su caso, otras autoridades públicas responsables de la vigilancia de los sistemas de pago y liquidación; c) otras autoridades pertinentes designadas en virtud de la presente Directiva, de la Directiva (UE) 2015/849 y de otras disposiciones de Derecho de la Unión aplicables a los proveedores de servicios de pago, como la legislación aplicable en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo; d) la ABE, en su función de contribuir al funcionamiento consecuente y coherente de los mecanismos de supervisión a que se refiere el artículo 1, apartado 5, letra a), del Reglamento (UE) nº 1093/2010”.

El artículo 6.1 e) del reglamento general de protección e datos considera lícito el tratamiento “necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”.



Por ello, los tratamientos de datos vinculados al ejercicio de las potestades atribuidos al Banco de España por el Anteproyecto, en su condición de autoridad de supervisión se encontrarían amparados en lo dispuesto en el citado artículo 6.1 e). Del mismo modo, encontrarían amparo en dicho precepto las comunicaciones derivadas del deber de colaboración previsto en el artículo 22.3 y las recogidas en el artículo 22.1 en lo que afecta a la colaboración entre autoridades de supervisión de los Estados miembros.

En cuanto a la colaboración con las autoridades de terceros Estados, a las que se refiere el artículo 22.1, párrafo segundo, el Anteproyecto se limita a exigir la preexistencia de un régimen de reciprocidad y del deber de secreto profesional en las autoridades de destino.

Debe recordarse que tratándose de autoridades ubicadas en terceros Estados será de aplicación lo dispuesto en el Título V del Reglamento general de protección de datos que, como regla general, establece en su artículo 44 que “Solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado”.

Pues bien, el régimen regulador de las transferencias internacionales de datos en el Reglamento establece una serie de reglas que deberán ser adecuadamente cumplidas para que proceda la transmisión a la que se refiere el Anteproyecto.

En primer lugar, será posible la colaboración en caso de que sea aplicable el artículo 45.1 del Reglamento, a cuyo tenor “Podrá realizarse una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garanticen un nivel de protección adecuado. Dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica”.

Si el Estado de destino no tuviese el citado nivel adecuado, seguiría siendo posible la transferencia si se diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46.1, cuyo apartado 1 dispone que “A falta de decisión con arreglo al artículo 45, apartado 3, el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional



si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas”.

En particular, en lo que afecta a la colaboración entre organismos con potestades de derecho público, el artículo 46.2 a) del Reglamento establece que “Las garantías adecuadas con arreglo al apartado 1 podrán ser aportadas, sin que se requiera ninguna autorización expresa de una autoridad de control, por (...) un instrumento jurídicamente vinculante y exigible entre las autoridades u organismos públicos.

De no existir dicho instrumento, el artículo 46.3 b) aún permite la transferencia, si bien en ese caso sometida a autorización de la autoridad de control. Así se indica que “Siempre que exista autorización de la autoridad de control competente, las garantías adecuadas contempladas en el apartado 1 podrán igualmente ser aportadas, en particular, mediante (...) disposiciones que se incorporen en acuerdos administrativos entre las autoridades u organismos públicos que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados”.

En este mismo sentido, el artículo 42.1 b) del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, por el que se adapta el derecho español al Reglamento general de protección de datos, dispone que “Las transferencias internacionales de datos a países u organizaciones internacionales que no cuenten con decisión de adecuación aprobada por la Comisión o que no se amparen en alguna de las garantías previstas en el artículo anterior y en el artículo 46.2 del Reglamento (UE) 2016/679, requerirán una previa autorización de la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, autoridades autonómicas de protección de datos, que podrá otorgarse (...) cuando la transferencia se lleve a cabo por alguno de los responsables o encargados a los que se refiere el artículo 77.1 de esta ley orgánica y se funde en disposiciones incorporadas a acuerdos internacionales no normativos con otras autoridades u organismos públicos de terceros Estados, que incorporen derechos efectivos y exigibles para los afectados, incluidos los memorandos de entendimiento”.

Estas disposiciones deberán ser respetadas en los supuestos establecidos en el artículo 22.1, párrafo segundo del Anteproyecto, **al que debería añadirse un último inciso en que se establezca que “Será en todo caso de aplicación el régimen de trasferencias internacionales de datos previsto en el Título V del Reglamento (UE) 2016/679”.**

V

Finalmente, dentro de las normas contenidas en el Título IV del Anteproyecto sometido a informe se prevén incorporan distintas previsiones



que implican tratamientos o cesiones de datos de carácter personal. Dichas previsiones no hacen sino reproducir lo dispuesto en la Directiva 2015/2366, por lo que no cabe oponer observación alguna a los mismos.

Así, el artículo 32.1, siguiendo lo dispuesto en el artículo 65.1 de la Directiva 2015/2366 dispone que “Los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta, previa solicitud de un proveedor de servicios de pago que emita instrumentos de pago basados en tarjetas, confirmarán inmediatamente la disponibilidad de fondos en la cuenta de pago del ordenante para la ejecución de una operación de pago basada en una tarjeta”, si bien clarifica el artículo 32.3, también en línea con el artículo 65.3 de la Directiva, que “De conformidad con la normativa de protección de datos personales, la confirmación a que hace referencia el apartado 1 consistirá únicamente en una simple respuesta de «sí» o «no» y no en un extracto del saldo de cuenta. Esa respuesta no se conservará ni utilizará para fines distintos de la ejecución de la operación de pago con tarjeta”.

Por su parte, el artículo 33.3 limita el tratamiento e datos por parte de los prestadores de servicios de iniciación de pagos, indicando expresamente, también en los mismos términos que el artículo 66.2 de la Directiva, que dicho prestador “no almacenará datos de pago sensibles del usuario de servicios de pago”, “no solicitará al usuario de servicios de pago ningún dato distinto de los necesarios para prestar el servicio de iniciación del pago” y “no utilizará, almacenará o accederá a ningún dato para fines distintos de la prestación del servicio de iniciación de pagos expresamente solicitado por el ordenante”.

Estas mismas restricciones, siguiendo lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva, se recogen en el artículo 34 del Anteproyecto en relación con los prestadores de servicios de información sobre cuentas, al disponer que este tipo de prestadores “accederá únicamente a la información de las cuentas de pago designadas y las operaciones de pago correspondientes”, “no solicitará datos de pago sensibles vinculados a las cuentas de pago” y “no utilizará, almacenará o accederá a ningún dato, para fines distintos de la prestación del servicio de información sobre cuentas expresamente solicitado por el usuario del servicio de pago, de conformidad con las normas sobre protección de datos”.

Por otra parte, el artículo 54 se refiere a los supuestos en los que el identificador de pago para la realización de la operación fuese incorrecto, estableciendo el párrafo tercero del apartado 2 que “el proveedor de servicios de pago del ordenante facilitará al ordenante, previa solicitud por escrito, toda la información de que disponga que sea pertinente para que el ordenante interponga una reclamación legal a fin de recuperar los fondos”, reproduciendo así lo dispuesto en el artículo 88.2, párrafo segundo de la Directiva 2015/2366.



Finalmente, el artículo 55.2 señala en su último párrafo que “En el caso de una operación de pago no ejecutada o ejecutada de manera defectuosa en la que la orden de pago haya sido iniciada por el beneficiario o a través de él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario, previa petición y con independencia de la responsabilidad que se determine con arreglo al presente apartado, tratará inmediatamente de rastrear la operación de pago y notificará al beneficiario los resultados. No se cobrará por ello ningún gasto al beneficiario”. Se reproduce así en el derecho interno lo establecido por el último párrafo del artículo 89.2 de la Directiva.

VI

Resta por último hacer referencia al artículo 60 del Anteproyecto sometido a informe, referido explícitamente a protección de datos, en que se dispone lo siguiente:

“1. El tratamiento y cesión de los datos relacionados con las actividades a las que se refiere la presente Ley se encuentran sometidos a lo dispuesto 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 normativa española de protección de datos.

2. No será necesario informar ni obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento por parte de los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago de los datos de carácter personal de aquellos usuarios que se vieran implicados directamente en operaciones de pago fraudulentas que resulten necesarios para garantizar la prevención, investigación y descubrimiento del fraude en los pagos.

Asimismo, los sujetos a los que se refiere el párrafo anterior podrán intercambiar entre sí, sin informar ni obtener el consentimiento del interesado, la información que resulte necesaria para el cumplimiento de los citados fines.

3. Los proveedores de servicios de pago únicamente obtendrán, tratarán y conservarán los datos personales necesarios para la provisión de sus servicios de pago, únicamente con el consentimiento explícito del usuario del servicio de pago prestado de acuerdo con la normativa de protección de datos.”

Este precepto tiene por objeto, ante todo, la trasposición del artículo 94 de la Directiva, ya reproducido en el apartado I de este informe, tomando



igualmente en consideración el régimen que establece actualmente el artículo 49 de la Ley 16/2009.

De este modo, el apartado 1 parte de lo que actualmente establece el artículo 49.1 de la Ley 16/2009 reemplazando la referencia a la Ley Orgánica 15/1999 por la que corresponde efectuar ahora al Reglamento general de protección de datos, al ser la norma actualmente aplicable. Dicha referencia se completa con la remisión a la “la normativa española de protección de datos”.

En relación con esta última mención, debe tenerse en cuenta que las normas de derecho interno en materia de protección de datos no sólo comprenderán las que adapten el derecho español al Reglamento, sino también las que supongan la trasposición de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los tratamientos llevado a cabo por la autoridades competentes que la misma detalla y que, lógicamente, no se encontrarán dentro de los tratamientos a los que se refiere el artículo 60.1.

Por ello **sería aconsejable reemplazar el inciso “y en la normativa española de protección de datos” por “y en la normativa que adapte al mismo el derecho español”.**

En cuanto al apartado 2 traspone en parte lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Directiva, según el cual “Los Estados miembros autorizarán el tratamiento de datos personales por los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago cuando sea necesario a fin de garantizar la prevención, la investigación y el descubrimiento del fraude en los pagos. La facilitación de información a las personas sobre el tratamiento de los datos personales y el tratamiento de dichos datos personales y cualquier otro tratamiento de datos personales a los fines de lo dispuesto en la presente Directiva se llevarán a cabo de conformidad con la Directiva 95/46/CE, con las normas nacionales de transposición de dicha Directiva y con el Reglamento (CE) n o 45/2001”. Al propio tiempo, se viene a reiterar lo que ya establecía a su vez el artículo 49 de la Ley 16/2009.

El Anteproyecto añade a dicha habilitación la exención del deber de información al afectado, así como de la obtención de su consentimiento.

En cuanto a la referencia al consentimiento, es preciso tener en cuenta la modificación sustancia que supone la plena aplicación del Reglamento general de protección de datos, toda vez que se reemplaza un régimen en que



cualquier tratamiento de datos no basado en el consentimiento del afectado podía considerarse excepcional (dada la redacción de los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999) a otro en que el consentimiento del interesado constituye una causa legitimadora del tratamiento de entre las seis previstas en el artículo 6.1, sin que pueda considerarse que las restantes habilitaciones del tratamiento constituyen excepciones a un principio general de consentimiento del afectado.

En el presente caso, el tratamiento se puede considerar amparado en las letras e) y f) del artículo 6.1, dada la misión de interés público en que consistiría la garantía de adecuado funcionamiento del sistema y la persecución del fraude y, al propio tiempo, en el interés legítimo de los actores en el sistema en relación con la concreta operación de fraude.

Por ello, dentro de este nuevo régimen **no sería ya preciso señalar expresamente la exclusión de consentimiento del afectado, limitándose el precepto a habilitar los tratamientos y comunicaciones de datos.**

En cuanto a la exclusión del deber de información, el artículo 14.5 c) del Reglamento general de protección de datos exceptúa del deber de información al interesado los supuestos en que “la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado”. Esta misma previsión, recogida entonces en el artículo 11 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 5.5 de la Ley Orgánica 15/1999 fue la que amparó el establecimiento de la misma excepción en el artículo 49 de la vigente Ley 126/2009.

Finalmente, el apartado 3 reproduce lo dispuesto en el artículo 94.2 de la Directiva, si bien reproduce el término “expreso” que la misma establece por “explícito” e indica que el consentimiento se prestará “de acuerdo con la normativa de protección de datos”.

Si bien ambos términos no resultan sinónimos, debe tenerse en cuenta que otras versiones lingüísticas de la Directiva 2015/2366 incorporan el término “explícito” y no “expreso” en el artículo 94. Al propio tiempo, debe recordarse que la normativa anterior al Reglamento general de protección de datos había traducido el término “explícito” por “expreso”, planteando serios problemas de interpretación que actualmente han sido superados por el Reglamento general de Protección de datos. De este modo, no cabe apreciar contradicción con la Directiva por el hecho de que en el artículo 60.2 del Anteproyecto se haya utilizado el término “explícito” y no “expreso”.



Por todo ello, y sin perjuicio de lo señalado respecto al consentimiento, el artículo 60 del Anteproyecto puede considerarse conforme con lo dispuesto en la vigente normativa de protección de datos.