



La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las cláusulas referidas a las condiciones generales de contratación de la consultante.

A tal efecto, el contrato contiene una cláusula de protección de datos sumamente detallada en la que, tras indicar el modo en que el interesado podrá ponerse en contacto con el delegado de protección de datos se detallan los datos personales que podrán ser objeto de tratamiento así como hasta doce finalidades para las que se procederá al tratamiento de los datos, algunas de ellas basadas en el consentimiento del afectado. Igualmente, se especifican los posibles destinatarios de los datos, indicándose posteriormente el plazo de conservación de los mismos y la enumeración de los derechos del afectado. Además, se especifica qué información deberá facilitarse de forma obligatoria para que el contrato pueda efectivamente celebrarse.

Como es sabido, la plena aplicación, a partir del 25 de mayo de 2018, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), supone una profunda modificación de las normas de protección de datos que afecta de forma sumamente relevante, entre otras cuestiones, al ahora denominado principio de transparencia y derecho de información de los afectados.

Así, en primer lugar, el artículo 12.1 del Reglamento general de protección de datos establece que la información a facilitar al interesado deberá serlo “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo”.

A su vez, el artículo 13 en sus dos primeros apartados especifica el contenido de la citada información en los supuestos en que los datos sean



recabados del afectado al que los mismos se refiere. Dicha información deberá incorporar:

- la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;
- los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;
- cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f) los intereses legítimos del responsable o de un tercero;
- los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
- en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.
- el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;
- cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a



la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;

- el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
- si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos;
- la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

Por otra parte, debe tenerse en consideración, a la hora de dar cumplimiento al citado deber de información, lo señalado por esta Agencia Española de Protección de Datos en sus directrices sobre el cumplimiento del deber de informar conforme a lo exigido por el Reglamento general de protección de datos, publicadas en la página web de la Agencia, y que se han traducido en la inclusión en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal de un artículo específico referido a transparencia e información al afectado. Señala el artículo 11 del Proyecto lo siguiente:

“1. Cuando los datos de carácter personal sean obtenidos del afectado a través de redes de comunicaciones electrónicas o en el marco de la prestación de un servicio de la sociedad de la información, así como en aquellos otros supuestos expresamente establecidos por la ley o cuando así lo autorice la Agencia Española de Protección de Datos, el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el apartado siguiente e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.



2. La información básica a la que se refiere el apartado anterior deberá contener, al menos:

- a) La identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso.
- b) La finalidad del tratamiento.
- c) El modo en que el afectado podrá ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

Si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia. En este caso, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que pudieran producir efectos jurídicos sobre él o afectarle significativamente, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

3. Cuando los datos de carácter personal no hubieran sido obtenidos del afectado, el responsable podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando a aquél la información básica señalada en el apartado anterior, indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.

En estos supuestos, la información básica incluirá también:

- a) Las categorías de datos objeto de tratamiento.
- b) Las fuentes de la que procedieran los datos.”

Se consagra así, de *lege ferenda* el principio de “información por capas”, que ya aparece recogido en relación con tratamientos específicos de datos, como por ejemplo, los relacionados con la videovigilancia, regulados por la Instrucción 1/2006 de la Agencia, así como las cláusulas adoptadas, siguiendo los criterios de esta Agencia, en relación con el uso de las cookies en los terminales de los usuarios de Internet.



La cláusula objeto del presente informe, no obstante, opta por incorporar la información establecida en el citado artículo 13 en su totalidad, si bien debería indicarse si está prevista la realización de transferencias internacionales de datos.

Como ya se ha indicado, la cláusula incorpora un total de nueve finalidades para las que se procederá al tratamiento de los datos, indicando la base jurídica de cada una de ellas. No obstante, en algunos supuestos tal base jurídica no aparece de forma suficientemente clara, toda vez que se incluyen como tales tanto el consentimiento del interesado como la concurrencia en la consultante de un interés legítimo prevalente.

Es preciso indicar que la citada concurrencia no es posible, dado que en caso de ser aplicable lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos no debería recabarse simultáneamente el consentimiento del afectado, al no ser el mismo preciso para que el tratamiento pueda tener lugar. Por el contrario, en caso de ser de aplicación la regla del interés legítimo, el interesado deberá tener derecho a oponerse en todo momento al tratamiento.

Esta confusión se produce claramente en la finalidad a la que se refiere la letra d), referida a la remisión de comunicaciones comerciales de productos o servicios similares a los contratados, en que el artículo 21 de la Ley 34/2002 excluye la necesidad de consentimiento del afectado. En este supuesto, la cláusula parece establecer una suerte de consentimiento por omisión, no permitido por la normativa de protección de datos (conforme al concepto establecido en el artículo 4.11 del Reglamento) dado que exceptúa del tratamiento los supuestos en que el interesado así lo manifieste mediante la marcación de una casilla. En realidad este sería un supuesto de oposición al tratamiento, toda vez que, como se ha indicado, las comunicaciones se referirían únicamente a productos o servicios similares a los ya contratados. Por ello, debería suprimirse toda referencia al consentimiento en este apartado de la cláusula.

Tampoco resulta clara la delimitación efectuada en el apartado c), dado que parece que el perfilado al que el mismo se refiere se llevaría a cabo en todo caso dentro y en relación con “ofertas que puedan ser de (su) interés” del cliente. No obstante, posteriormente se habla del perfilado con fines comerciales sometido al consentimiento del afectado, siendo así que

aparentemente las dos fórmulas son similares en cuanto al tratamiento y contradictorias en cuanto a la exigibilidad o no del consentimiento, lo que además se agrava por el hecho de que la propia cláusula se refiere en este apartado al interés legítimo de la consultante como causa legitimadora del tratamiento, siendo así que como se ha dicho no es posible acumular las causas previstas en las letras a) y f) del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos.

En todo caso, será necesario que el contrato incorpore, en los supuestos en que el consentimiento sea necesario para el tratamiento de los datos un medio que permita al interesado llevar a cabo la manifestación o clara acción positiva en que debe consistir ese consentimiento, que deberá prestarse de forma positiva y no por la no marcación de una casilla.

En este sentido, recuerda el considerando 32 del Reglamento que “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta”.

Quiere ello decir que no será válido el procedimiento a través del cual se establezca una única opción por la que se consiente la realización de todos los tratamientos, sino que será preciso que se produzca la denominada “granularidad” del consentimiento, vinculada en este caso con las distintas finalidades concretas que se ponen de manifiesto en la propia cláusula.

En relación con la finalidad a la que se refiere el apartado d) sería conveniente suprimir la referencia a la mercadotecnia directa, dado que ello puede generar confusión en el cliente, toda vez que se trata de la realización de encuestas de satisfacción con el servicio y no de acciones comerciales concretas.

EN lo que afecta al apartado de destinatarios de la información, deberían incluirse igualmente aquellos en que la comunicación fuera necesaria para la adecuada prestación del servicio, como los operadores de la línea conectada u otros prestadores de servicios. También sería conveniente especificar con mayor detalle qué administraciones públicas se encontrarían englobadas en la referencia genérica efectuada y que la base jurídica de la transmisión sería el cumplimiento de una obligación legal.

En relación con el ejercicio de los derechos, sería conveniente no limitar a efectos ejemplificativos los supuestos en que el interesado podrá ejercitar su derecho de supresión y en todo caso hacer referencia al derecho a la portabilidad.

Igualmente, sería conveniente que se hiciese referencia expresa a la posibilidad de revocar el consentimiento en los supuestos en los que el mismo sea necesario para llevar a cabo el tratamiento de los datos, tal y como exige el artículo 13 del Reglamento general de protección de datos.

Por último, habida cuenta del reparto competencial establecido en la legislación española de protección de datos de carácter personal, debería suprimirse cualquier referencia a otra autoridad que no sea esta Agencia Española de Protección de Datos.