



N/REF: 170530/2018

El Borrador sometido a informe tiene por objeto, conforme a su artículo primero, la aprobación de una cláusula de tratamiento de datos de carácter personal para su utilización voluntaria en los modelos de contratos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, sin perjuicio de que las entidades financieras, de financiación y empresas y asociaciones empresariales puedan incorporar en sus modelos de contrato cláusulas distintas de la incorporada al Borrador, tal y como indica el artículo quinto.

La adopción del Borrador trae causa de la reforma operada en la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal como consecuencia de la plena aplicación, a partir del 25 de mayo de 2018, del reglamento general de protección de datos, que conforme establece la exposición de motivos, introduce novedades importantes en relación con el régimen regulador de la información a los interesados cuyos datos vayan ser objeto de tratamiento, configurada en el Reglamento como un derecho y no como obligación de los responsables, así como en el régimen regulador del consentimiento, quedando proscrito el denominado “consentimiento tácito”, al requerirse que el consentimiento se materialice en una declaración o una acción claramente afirmativa del afectado, conforme al artículo 3.11 del Reglamento.

A tal efecto, el artículo segundo del Borrador incorpora una cláusula tipo que podrá ser incorporada a los contratos inscribibles, que trata de adaptar el régimen de tratamiento a lo dispuesto en el Reglamento General de protección de datos.

Como cuestión previa, sería preciso clarificar la rúbrica del Borrador, toda vez que el modelo de cláusula ya no se adaptará a la Ley Orgánica 15/1999, sino al Reglamento General de Protección de Datos.

Al propio tiempo, debe tenerse en cuenta, especialmente a los efectos previstos en el artículo quinto del Borrador, que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, actualmente en tramitación parlamentaria, prevé en su

artículo 11 un modelo de “información por capas”, en que será posible la inclusión de determinada información en el contrato complementada, especialmente cuando el mismo se celebre a través de medios electrónicos, con la incorporada a una dirección electrónica que le permita acceder a la restante información.

Hechas las anteriores consideraciones, debe procederse al estudio de la cláusula contenida en el artículo segundo del Borrador. A tal efecto, sería en primer lugar necesario analizar los tratamientos contenidos en la cláusula así como su base legal para posteriormente valorar si la cláusula contiene todos los requisitos contenidos en el artículo 13 del Reglamento general de protección de datos.

A tal efecto, la cláusula incorporada al Borrador sometido a informe prevé tres tratamientos de los datos de los signatarios del contrato, descritos en los apartados primero y segundo de la cláusula. Así, se prevé en el apartado primero que “los obtenidos durante el estudio de la solicitud de esta operación o con motivo de la celebración de este contrato y los datos conexos que pudieran ser obtenidos de registros públicos u otras fuentes legalmente admitidas, se incorporarán y tratarán en un fichero de datos de carácter personal para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y control de la relación contractual”, añadiendo que dichas finalidades incluyen “la transmisión de tales datos, en caso de incumplimiento, a ficheros sobre solvencia e incumplimiento de obligaciones, siendo este último tratamiento un requisito necesario para suscribir el contrato. La base jurídica del tratamiento es el propio contrato que se suscribe”.

Por otra parte, el primer párrafo del apartado segundo indica que “La/s persona/s firmante/s de este contrato que a continuación se menciona/n, como titulares de los datos personales suministrados, debidamente informados, consienten expresamente la recogida de datos arriba descrita, su tratamiento y cualquier comunicación o cesión de dichos datos, incluso internacional, que pueda efectuarse entre el vendedor/ financiador/ arrendador y las demás entidades de su grupo, no sólo para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y control de la relación contractual, sino también con el fin de ofrecer y prestar a los firmantes otros servicios comerciales, financieros, de inversión, de previsión y de seguros. Las entidades pertenecientes al grupo empresarial del arrendador son las que en cada momento figuren en la página web del mismo”.

De este modo, son tres las finalidades para las que se procederá, según la cláusula, al tratamiento de los datos: el adecuado mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y control del contrato, la comunicación de los datos en caso de incumplimiento, a ficheros sobre solvencia e incumplimiento de obligaciones y la comunicación de los datos a empresas del grupo con la finalidad de “ofrecer



y prestar a los firmantes otros servicios comerciales, financieros, de inversión, de previsión y de seguros”, indicándose en la cláusula que el afectado, denominado “titular de los datos” consiente expresamente la recogida y tratamiento de dichos datos para tales fines.

En relación con la base legal del tratamiento, es preciso indicar que el consentimiento sólo ha de ser considerado como una de las posibles causas legitimadoras del mismo, de tal modo que cuando dicho consentimiento no fuera preciso no debería solicitarse ni recabarse su obtención.

El artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos dispone que “El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- b) 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;
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
- 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.

Pues bien, el tratamiento de los datos para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y control de la relación contractual, respecto del que la cláusula considera necesaria la obtención del consentimiento del afectado no precisa del mismo al responder de forma prácticamente literal a lo dispuesto en la letra b) del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos.

En cuanto a la transmisión de los datos a un fichero de “solventia e incumplimiento de obligaciones”, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento general de protección de datos se encontraba amparado en la



habilitación legal conferida por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, no requiriendo de dicho consentimiento, siendo necesario analizar si la entrada en vigor del citado Reglamento general ha supuesto la exigencia *ex novo* de este requisito.

Pues bien, la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa, toda vez que en este supuesto cabe considerar que la cesión de los datos se encontraría amparada en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos, al concurrir un interés legítimo del acreedor que prevalecería sobre el derecho a la protección de datos del deudor incumplidor. Del mismo modo, esta misma regla justificaría el acceso por quien fuera a resultar acreedor a los datos contenidos en el fichero.

En este sentido, no puede olvidarse que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal regula en su artículo 20 los sistemas de información crediticia, denominación que pasan a tener los antes denominados ficheros de solvencia patrimonial y crédito, indicando en su apartado 1 que “Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos”. En este sentido, recuerda la Exposición de motivos del Proyecto que “En el Título IV se recogen “Disposiciones aplicables a tratamientos concretos”, incorporando una serie de supuestos que en ningún caso debe considerarse exhaustiva de todos los tratamientos lícitos. Dentro de ellos cabe apreciar, en primer lugar, aquéllos respecto de los que el legislador establece una presunción *iuris tantum* de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos”.

Pero incluso si no pudiera considerarse aplicable al supuesto planteado lo dispuesto en el artículo 6.1 f), efectivamente aplicable, debe señalarse que el consentimiento al que se haría referencia en la cláusula devendría contrario al Reglamento general de protección de datos, toda vez que del tenor de la cláusula se desprende que la comunicación de los datos a los “ficheros de solvencia e incumplimiento” constituye “un requisito necesario para suscribir el contrato”, de tal suerte que sin el pretendido consentimiento para dicha cesión el contrato no podría celebrarse.

El Reglamento general de protección de datos señala en este punto que el consentimiento del interesado deberá ser libre, estableciendo el artículo 7.4 del Reglamento que “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”. Por este mismo motivo, el artículo 8.3 del Proyecto de Ley Orgánica señala que “No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales

para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

De este modo, no siendo la inclusión en los sistemas de información crediticia un requisito necesario para el cumplimiento del contrato, al no existir norma alguna que imponga la inclusión de los datos en dichos sistemas, el consentimiento exigido para dicha cesión como condición necesaria para la celebración del contrato resultaría contrario al Reglamento General de Protección de datos.

Por todo ello, sería preciso limitar el consentimiento incluido en el apartado segundo de la cláusula a las posibles transmisiones de datos a las que se hace referencia en el mismo, suprimiéndose en todo caso la referencia al consentimiento en relación con “la recogida de datos arriba descrita”. Asimismo, sería preciso indicar en el apartado primero que la base legal de los dos tratamientos que en el mismo se describen se encuentra, respectivamente, en las letras b) y f) del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos.

El párrafo último del apartado primero se refiere a los plazos de conservación de los datos, haciéndose únicamente referencia al plazo de conservación por el responsable en relación con los tratamientos vinculados al desenvolvimiento del contrato. Sería igualmente necesario clarificar el plazo de conservación de los datos en los sistemas de información crediticia en caso de que efectivamente tuviese lugar la transmisión, que será en el momento presente de seis años, conforme al artículo 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos prevé la reducción de dicho plazo a cinco años.

El apartado segundo de la cláusula, como ya se indicó, se refiere al consentimiento del interesado para “cualquier comunicación o cesión de dichos datos, incluso internacional, que pueda efectuarse entre el vendedor/ financiador/ arrendador y las demás entidades de su grupo, no sólo para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y control de la relación contractual, sino también con el fin de ofrecer y prestar a los firmantes otros servicios comerciales, financieros, de inversión, de previsión y de seguros”.

Respecto de dicha cláusula, nuevamente es preciso que se clarifique en la cláusula que si la cesión se produce “para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y control de la relación contractual” no sería preciso contar con el consentimiento del interesado, toda vez que la comunicación se ampararía en el artículo 6.1 b) del Reglamento y no en el citado consentimiento. Sólo sería preciso para la cesión que pudiera tener lugar, limitada según se desprende de la cláusula a empresas del Grupo, para “ofrecer y prestar a los firmantes otros servicios comerciales, financieros, de inversión, de previsión y de seguros”.



En este punto, la cláusula incorpora dos formularios, uno de consentimiento y otro de negativa al consentimiento, contenido en el apartado tercero de la cláusula.

Conforme establece el artículo 4.11 del reglamento general de protección de datos se entiende 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”.

De este modo, y teniendo en cuenta que como ya se ha dicho el único tratamiento respecto del que el interesado deberá otorgar su consentimiento es el que ahora se está analizando, debería suprimirse lo indicado en el apartado tercero, limitándose el contrato a incorporar un formulario en que el interesado pueda manifestar mediante una clara acción afirmativa, su consentimiento al tratamiento consistente en la cesión, y en su caso transferencia a otras empresas del Grupo con la finalidad descrita en la cláusula, teniendo en cuenta que la realización de acciones comerciales deberá quedar limitada a los sectores de actividad mencionados en la cláusula.

Ello se ve ratificado si se tiene en cuenta además que en caso de que se proceda a la realización de las acciones comerciales a través de medios electrónicos será de aplicación lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en que se establece que “Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”. Todo ello no hace sino insistir en la necesidad de que el interesado consienta expresamente el tratamiento en el propio contrato, no siendo un medio adecuado el establecimiento de dos formularios: uno de aceptación general de los consentimientos y otro de oposición expresa al uso de los datos con fines comerciales, tal y como sucede en el modelo remitido para informe de esta Agencia.

Al propio tiempo, el consentimiento que ha de prestar el afectado en relación con este último tratamiento no precisaría de la inclusión en el contrato de un formulario completo como el que se aporta. En este sentido, el Reglamento general de protección de datos recuerda en su considerando 32 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”.

De este modo, sería posible solicitar el consentimiento mediante la simple marcación de una casilla que no figurase ya premarcada en el contrato, sin que fuera preciso incorporar un formulario con la extensión del aportado.

Finalmente, el apartado cuarto señala que el vendedor, financiador o arrendador manifiesta “que se ha facilitado debidamente al comprador o arrendatario, en lo que afecta específicamente al contrato suscrito, toda la información indicada en el artículo 13 del Reglamento” general de protección de datos.

En este sentido, debe recordarse que recaería sobre el vendedor, financiador o arrendado la carga de la prueba de haber facilitado la citada información, por lo que debería procederse a tales efectos a su inclusión en la propia cláusula objeto del presente informe o incorporar en la misma la información básica acerca del tratamiento, en los términos establecidos en el artículo 11 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, incluyendo igualmente la dirección electrónica donde resultaría accesible la información restante exigida por el artículo 13 del reglamento general de protección de datos, aplicable al supuesto ahora analizado, por cuanto los datos sería recabados del afectado.

En último término, y en relación con lo que acaba de indicarse, sería preciso que la cláusula ajustase la terminología a la establecida a tales efectos en el derecho español, denominando al “titular de los datos” “afectado o interesado” y ajustando los restantes términos conforme a lo que se ha venido indicando a lo largo del presente informe.