

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las nuevas condiciones generales de contratación de aplicación a partir de 14 de junio de 2018.

A tal efecto, dichas condiciones contienen una cláusula general de protección de datos indicando en su primer párrafo que los datos del cliente serán tratados conforme a lo dispuesto en el Reglamento general de protección de datos y en la Ley 25/20017, de 18 de octubre, informando acerca de la incorporación de los datos a un fichero automatizado responsabilidad de la consultante

A continuación, se delimitan las distintas finalidades para las que la consultante procederá al tratamiento de los datos, indicándose en determinados lugares la base jurídica del tratamiento aplicable a las finalidades que se han ido mencionando. Así, respectivamente, se hace referencia a la aplicación del artículo 6.1 b) del Reglamento, la existencia de una obligación legal, la concurrencia de un interés legítimo, invocándose el artículo 6.1 f) del Reglamento, así como el consentimiento del interesado.

En el resto de la cláusula se hace referencia a la posibilidad de revocación del consentimiento y una referencia genérica al ejercicio de los derechos, dirigiendo al usuario a la política de privacidad publicada en el sitio web de la consultante, en que también se indica que aparecen recogidos los datos de contacto del delegado de protección de datos.

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 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 sometida al parecer de esta Agencia opta por este sistema de “información por capas”, estableciendo una cláusula genérica en la primera capa, referida esencialmente a las finalidades del tratamiento, que sería desarrollada profusamente mediante la inserción en un sitio web, al que se refiere la cláusula informativa, de la política de privacidad aplicable a la relación de los clientes con la responsable del tratamiento. En este sentido, debería indicarse expresamente en la cláusula la dirección donde resulta accesible la política de privacidad, sin llevar a cabo una referencia de carácter general, dado que el acceso debe ser fácil para el usuario.

Si bien, como se ha indicado, esta solución no sólo es ajustada a la legislación de protección de datos, sino que se considera que permite al afectado conocer de una forma clara y sencilla qué uso se va a hacer de sus datos de carácter personal, lo cierto es que sería preciso clarificar o suprimir algunos extremos de su contenido, toda vez que el mismo o bien resulta insuficiente para el cumplimiento de los criterios necesarios para que el afectado pueda conocer mediante el acceso a la cláusula los tratamientos a los que se van a someter sus datos de carácter personal o bien en algunos puntos resulta contraria a las normas de protección de datos.

Como ya se ha indicado, el Proyecto de Ley Orgánica se refiere, dentro de la información que configuraría la primera capa, la inclusión de la identificación del responsable del tratamiento, las finalidades a las que se destinarán los datos y la posibilidad de ejercicio de los derechos consagrados por la normativa de protección de datos personales.

Pues bien, la cláusula sometida al parecer de la Agencia incorpora el primero de los contenidos citados y, por otra parte no hace referencia a los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación del

tratamiento y portabilidad establecidos en el Reglamento general de protección de datos, que deberían mencionarse expresamente y no por una mera remisión a la política de privacidad.

En cuanto a las finalidades, sería aconsejable clarificar las que dicen fundarse en la existencia de una relación contractual, dado que expresiones tales como “establecimiento de la cartera de clientes” podrían resultar poco claros y distintos al de mantenimiento de la relación contractual, que sería la que funde el tratamiento con arreglo a este precepto.

Por otra parte, debería separarse la finalidad basada en el cumplimiento de una obligación legal (por referencia a la Ley 25/2007) de la referencia general al artículo 6.1 b) del Reglamento.

En cuanto al uso de los datos con fines comerciales, al que se refiere el apartado 3) del punto 9.2 de la cláusula, debe, en primer lugar, indicarse que ese tratamiento no podrá ampararse en la aplicación de la regla del interés legítimo de la consultante en cuanto afecte a la remisión de comunicaciones electrónicas, toda vez que el artículo 21.1 de la Ley 34/2002, norma especial cuya aplicación prevalece sobre el Reglamento, exige el consentimiento expreso del interesado para la remisión de dichas comunicaciones salvo que se trate de productos y servicios similares a los ya contratados por el usuario.

Asimismo, deberá separarse la referencia a los supuestos en que se recabará el consentimiento del interesado de aquellos otros en los que el tratamiento se funde en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos, diferenciando claramente la posibilidad de recibir comunicaciones de la propia consultante y de terceros. Por ello, deberán diferenciarse los dos supuestos establecidos en la letra e) y separarse ambos del mencionado en la letra f) de la cláusula.

Deberá además establecerse en la cláusula el procedimiento a través del cual se recabará el consentimiento en los supuestos en los que el mismo es exigible, diferenciándose además el consentimiento para las finalidades establecidas en la última parte de la letra e) del apartado 9.2 del contrato de aquél basado en la letra f) a través de dos procedimientos que permitan al interesado la realización de la clara acción afirmativa exigida por el artículo 4.11 del Reglamento.

La cláusula se refiere a las transferencias internacionales de datos, indicando que las mismas no se llevarán a cabo sin consentimiento, lo que entra en contradicción directa con la política de privacidad, en que sí se prevé la existencia de dichas transferencias, aunque sujetas a garantías adecuadas conforme a lo establecido en el Reglamento. A tal efecto, se considera que la referencia contenida en el apartado 5 de la cláusula no resulta ajustada a la realidad, en que sí se prevé la existencia de transferencias internacionales conforme a la mencionada política de privacidad.

Finalmente, sería necesario que se especifiquen en la cláusula los datos de contacto del delegado de protección de datos.

En definitiva, si bien la estructura de la cláusula incluida en el contrato resulta ajustada al principio de información por capas incorporado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, es preciso que se modifique la misma en los términos que se han venido señalando a fin de garantizar el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento general de protección de datos, haciendo además referencia en la cláusula a la posibilidad de que el afectado ejerza los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación del tratamiento y portabilidad establecidos en la normativa de protección de datos.

Si bien, el alcance de la consulta planteada se refiere exclusivamente a la cláusula contractual de protección de datos, es preciso también hacer una breve referencia a la segunda capa de información que constituye la política de privacidad, accesible en el sitio web al que se remite la cláusula.

A diferencia de lo que sucede en la cláusula, la política de privacidad incorpora las finalidades del tratamiento de forma excesivamente genérica, sin especificar la base jurídica del tratamiento en cada caso, lo que exigiría un mayor detalle, enumerándose de forma clara y separada las distintas finalidades, incorporando todas las mencionadas en la cláusula y diferenciando dichas finalidades en cuanto a la base jurídica aplicable a cada tratamiento.

En particular, deberían clarificarse los apartados de marketing y de “compartir información personal”, a fin de lograr la adecuada delimitación de las finalidades y el modo en que puede prestarse el consentimiento.

Por otra parte, en cuanto a los derechos, el contenido de la cláusula no se ajusta claramente a lo establecido en el Reglamento general de protección de datos, dando a los derechos denominaciones y alcances distintos a los establecidos en el citado Reglamento y omitiendo otros, como el derecho a la portabilidad.

Por último, en cuanto al plazo de conservación de los datos, el texto de la política de privacidad se limita a señalar que “No conservaremos información personal durante más tiempo del necesariamente establecido para cumplir con los fines para los que se procesa, incluyendo la provisión de nuestros servicios, el que la seguridad al procesar dichos datos cumpla con las obligaciones legales y normativas (p. ej. periodos de retención legal para auditorías, contabilidad), la gestión de conflictos, y para la preparación, interposición o defensa de acciones judiciales”. Esta fórmula es completamente indeterminada, y debería concretarse, al menos en lo referente a la conservación durante el plazo de vigencia del contrato o la exigibilidad de responsabilidades relacionadas con el mismo así como la conservación de los datos de tráfico durante el plazo de un año para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 25/2007, teniendo en cuenta que en ese caso los datos no se emplearan para ninguna otra finalidad.