N/REF: 197292/2018

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las cláusulas referidas a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados bajo la marca consultante, a fin de adaptarlas al Reglamento general de protección de datos.

A tal efecto, dichas condiciones generales contienen una cláusula de protección de datos sumamente detallada en la que, tras identificar a la entidad responsable del tratamiento se detallan 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 las categorías de datos que serán objeto de tratamiento y los posibles destinatarios de los datos, indicándose posteriormente el plazo de conservación de los mismos y la enumeración de los derechos del afectado.

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 trasparencia 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 automatizas, 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.

Las cláusulas objeto del presente informe, no obstante, optan por incorporar la información establecida en el citado artículo 13 en su mayor parte, remitiéndose únicamente a la página web en lo que respecta a la información relativa al delegado de protección de datos.

Como ya se ha indicado, la cláusula incorpora un total de doce finalidades para las que se procederá al tratamiento de los datos, si bien entre las mismas no se incluyen algunas que sí deberá llevar a cabo la consultante en cumplimiento de obligaciones legales, como la referida al cumplimiento de la Ley 25/2007, que sin embargo sí se incorpora en el apartado referido a los destinatarios de los datos. No obstante, también será preciso incluir el tratamiento que deberá llevarse a cabo para esta finalidad, así como el hecho de que los datos serán conservados durante el plazo de un año previsto en la citada Ley.

Al propio tiempo, y respecto de las finalidades para las que se recaba el consentimiento del interesado, la cláusula no especifica el modo en que el mismo deberá prestarse. A tal efecto, se recuerda que el consentimiento debe consistir, conforme al artículo 4.1 del Reglamento general de protección de datos en una manifestación o una clara acción afirmativa del afectado.

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.

Entrando en las citadas finalidades, convendría clarificar en aquéllas que se justifican en la aplicación del artículo 6.1 f) del Reglamento, como la enumerada como 2 o las enumeradas como 10 y 11, referidas a la comunicación de datos a sistemas de prevención del fraude o a sistemas de información crediticia, que la base jurídica del tratamiento será la satisfacción del interés legítimo de la propia compañía, sin precisarse del consentimiento del afectado. A tal efecto, podría ser recomendable enumerar las finalidades respecto de las que no se precisa el consentimiento con anterioridad a aquéllas en que sí se va a requerir.

También debería fundarse en el artículo 6.1 f) del Reglamento la consulta de sistemas de información crediticia a los que se refiere la finalidad enumerada como 8 en su primer párrafo, dada la fundamentación que establece en este sentido el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos. No obstante, la finalidad relacionada con el uso de sistemas de scoring, a la que también se refiere la cláusula en la "Finalidad 8" no está amparada por el citado artículo 20, tal y como señala su último apartado.

Por otra parte, si bien las finalidades numeradas como 7 y 9 se fundan en el consentimiento del afectado, sería preciso que en el momento en que se

recabe el consentimiento para tales tratamientos se especifique con mayor claridad, posiblemente en una comunicación separada, el tratamiento de datos que las mismas implican así como la mayor intromisión que suponen en la privacidad del interesado, en particular como consecuencia de la obtención de datos de muy diversas fuentes para la realización de perfiles en el primero de los supuestos, o la conservación de los datos durante cinco años con posterioridad a la terminación de la relación en el segundo de ellos. Además, en ambos casos, deberá tenerse especialmente en cuenta la limitación de los datos que vayan a ser objeto de tratamiento y conservación, en virtud del principio de minimización establecido en el artículo 5.1 c) del Reglamento, debiendo además procederse siempre que ello sea posible a la adopción de medidas técnicas y organizativas que minimicen el riesgo, tales como la seudonimización de los datos.

Por último, será preciso que se supriman del texto las referencias a las fuentes accesibles al público, al no ser éste un concepto jurídico conforme al Reglamento general de protección de datos. Igualmente, sería preciso matizar en qué supuestos y bajo qué condiciones se recabarán datos de los Organismos Públicos enumerados en la letra b) del apartado referido a las categorías de los datos objeto de tratamiento, teniendo en cuenta que tanto los datos tributarios cómo los obtenidos por la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado, conforme a sus respectivas regulaciones y solamente pueden ser cedidos en los supuestos y con las finalidades previstas en tales normas. Asimismo, el tratamiento de los datos personales por los órganos judiciales queda sujeto a lo previsto en su normativa específica y a los límites que para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en ella se establecen.

Debe añadirse a la cláusula la información relativa a si está prevista la realización de transferencias internacionales de datos y en tal caso facilitar la información a ellas referidas en los términos exigidos por el artículo 13.1 e) del reglamento general de protección de datos.

En lo que respecta al ejercicio de los derechos, debe exponerse claramente los supuestos en que cabe el derecho de oposición. Igualmente debe indicarse que, cuando el tratamiento se base en el consentimiento, el interesado tiene derecho a retirar el mismo en cualquier momento.

En todo caso, estas consideraciones sobre la política de privacidad lo son a los exclusivos efectos del presente informe, cuyo objeto esencial es la valoración de las cláusulas aportadas en los contratos, de forma que no excluye cualquier actuación posterior que haya de llevar a cabo esta Agencia en relación con la citada política y con los tratamientos llevados a cabo por la consultante dentro de su ámbito.