Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

I

El presente Real Decreto tiene por finalidad completar la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, ya iniciada por el Real Decreto Ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores y el Real Decreto Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE y de la Directiva delegada 2017/593/UE de la Comisión de 7 de abril de 2016 por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento y del Consejo en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios. Asimismo, lleva a cabo la adaptación de la normativa española a las novedades del Reglamento (UE) nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumento financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012.

Dichas normas comunitarias forman parte del conocido como “paquete regulatorio MIFID II”, cuya puesta en práctica desde el 3 de enero de 2018 ha supuesto una modificación sustancial del funcionamiento de los mercados y de los centros de contratación de la Unión Europea, teniendo como objetivos: a) asegurar unos elevados niveles de protección de los inversores en productos financieros, especialmente de los inversores minoristas; b) mejorar la estructura organizativa y el gobierno corporativo de las empresas de servicios de inversión; c) aumentar la seguridad, eficiencia, buen funcionamiento y estabilidad de los mercados de valores; d)garantizar una convergencia normativa que permita la competencia en el marco de la Unión Europea y e)

fomentar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los mercados de capitales.

Tal y como se señala en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, "este Real Decreto incorpora en gran medida las disposiciones de MIFID II de forma muy fidedigna, debido a diversas razones, como por ejemplo la elevada complejidad técnica de la materia y su regulación detallada y exhaustiva en la propia Directiva MIFID II de nivel 1, la existencia de numerosos Reglamentos Delegados que desarrollan el contenido de la Directiva de nivel ¡ y, en fin, la creciente preocupación por parte de la Comisión por que las Directivas relacionadas con los servicios financieros y el mercado interior sean incorporadas de la forma más literal posible".

El Real Decreto consta de 29 artículos divididos en dos títulos, el Título I que contiene el régimen jurídico de los mercados regulados y el Título II que regula la figura de los servicios de suministros de datos. Por otro lado, sus once disposiciones finales introducen importantes modificaciones en el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores; el Real Decreto 1082/2012 de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva; el Real Decreto 361/2007, de 16 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de la participación en el capital de las sociedades que gestionan mercados secundarios de valores y sociedades que administren sistemas de registro, compensación y liquidación de valores; el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre; el Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado regulado y el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

II

En lo que a la materia de protección de datos personales respecta, la norma a la que debe ajustarse el proyecto de Real Decreto sometido a consulta es 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), plenamente aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

El citado Reglamento extiende su protección, tal y como establece su artículo 1.2, a los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales, definidos en su artículo 4.1 como "toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona."

Quedan, en consecuencia, excluidas de su protección las personas jurídicas, pero su ámbito protector se extiende a las personas físicas que las representan, cuyos datos personales deben ser tratados con sujeción a lo previsto en dicho Reglamento.

La protección conferida por el Reglamento (UE) 2016/679 comprende también a los empresarios individuales, a diferencia de la normativa anterior, en la que el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real decreto 1720/2017, de 21 de diciembre, excluía de su ámbito de aplicación los datos de los empresarios individuales, cuando el tratamiento de los datos a ellos referentes lo fuera en su calidad de comerciantes, industriales o navieros. El Reglamento (UE) 2016/679 no establece ninguna exclusión en este sentido, de modo que el tratamiento de los datos personales relativos a los empresarios individuales debe someterse a las previsiones contenidas en esta norma.

Por otro lado, es preciso recordar, como ya se ha indicado en reiteradas ocasiones por esta Agencia que la reforma operada por el Reglamento general de protección de datos respecto del régimen contenido en la Ley Orgánica 15/1999 exige un cambio de perspectiva en lo que respecta a los principios articuladores del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, en particular, a aquél que hacía del "principio de consentimiento" el eje central del derecho a la protección de datos.

En efecto, si bien la Ley Orgánica y el Reglamento no difieren excesivamente en lo que atañe a la enumeración de las causas legitimadoras del tratamiento, se produce una modificación sumamente relevante en el modo en que dichas causas aparecen recogidas por los textos aplicables: así, mientras del tenor de la Ley Orgánica 15/1999 parecía deducirse que la regla básica de legitimación era, con carácter general, el consentimiento, resultando las restantes causas legitimadoras excepcionales en relación con el

consentimiento, que como regla general debía regir el tratamiento, en el texto del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos el consentimiento se recoge como una de las seis causas de legitimación para el tratamiento sin ostentar mayor o menor importancia que las restantes que en a norma se enumeran.

A mayor abundamiento, el propio Reglamento general de protección de datos pone de manifiesto que el consentimiento del afectado no debe constituir la base legal del tratamiento en determinados supuestos. Así, el considerando 42 señala en su última frase que "El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno" y el considerando 43 añade que "Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibro claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular".

De este modo, no procede recabar en ningún caso el consentimiento del afectado en los supuestos en los que el tratamiento se encuentre amparado por cualquiera de las causas incluidas en las letras b) a f) del artículo 6.1 del reglamento general de protección de datos; es decir cuando:

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.

III

Procediendo ya al análisis de los posibles tratamientos de datos a los que puede dar lugar la aplicación del Real Decreto, debemos comenzar por los relativos a los requisitos de honorabilidad e idoneidad previstos en el artículo 2 para la autorización e inscripción de los mercados regulados :

"1. Los mercados regulados deberán cumplir los siguientes requisitos para obtener la autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) y ser inscritos en el registro correspondiente de la CNMV:

[…]

d) Que los miembros del órgano de administración del organismo rector y las personas que ejerzan su alta dirección tengan una reconocida honorabilidad y conocimientos, competencias y experiencia suficientes y dediquen un tiempo suficiente al desempeño de su cometido.

[…]

e) Que los accionistas que vayan a tener una participación significativa en el organismo rector del mercado sean idóneos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores."

Asimismo, la disposición final tercera modifica los artículos 1 y 3 del Real Decreto 361/2007, de 16 de marzo, en cuanto a los requisitos de honorabilidad y suficiencia patrimonial de los accionistas que pretenden adquirir una participación significativa en el capital de las sociedades que administren mercados regulados españoles. Y la disposición adicional cuarta, apartado veintiuno, da nueva redacción a determinados preceptos del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, respecto a los requisitos de las empresas de servicios de inversión, en concreto al artículo 20 (requisitos de honorabilidad, honestidad e integridad), el artículo 20 bis (requisitos de conocimientos, competencias y experiencia), el artículo 21 (capacidad para ejercer un buen gobierno de la empresa de servicios de inversión), el artículo 22 (valoración de la idoneidad), el artículo 23 (evaluación de los requisitos de idoneidad por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores), el artículo 24 (política de idoneidad para la selección, control y evaluación de los requisitos de idoneidad por parte de las entidades), el artículo 25 (contratación de agentes) y el artículo 25 bis (requisitos de los agentes de empresas de servicios de inversión). La aplicación de dichos preceptos va a dar lugar al tratamiento de numerosos datos de carácter personal, incluidos los relativos a condenas penales e infracciones y sanciones administrativas, tanto por parte de las propias entidades (singularmente, por el Comité de nombramientos previsto en el artículo 5 del Real Decreto) como por la CNMV, estableciendo la norma distintas obligaciones de suministro de información a la misma.

Conforme a lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/679 tal tratamiento deberá encontrarse legitimado en lo previsto en su artículo 6 y ser respetuoso de los principios recogidos en el artículo 5 del mismo.

En lo que a la legitimación para el tratamiento respecta, el artículo 6 del Reglamento señala las condiciones de licitud del tratamiento, de las que interesan en el presente supuesto las comprendidas en las letras c) y e) que amparan los tratamientos de datos cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o cuando 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. 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".

El considerando 45 del Reglamento señala que "Cuando se realice en cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o si es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, el tratamiento debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros." En este sentido el proyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales, actualmente en tramitación en el Senado, dispone en su artículo 8 respecto del tratamiento de datos amparado por la Ley lo siguiente:

"1. El tratamiento de datos de carácter personal sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

2. El tratamiento de datos de carácter personal sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley."

Pues bien, las obligaciones de verificación de los requisitos de honorabilidad e idoneidad a las que nos hemos referido aparecen expresamente recogidas en la Directiva 2014/65/UE, 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 proyecto su incorporación al derecho interno.

Así, el artículo 9 regula los requisitos de las empresas de servicios de inversión, el artículo 29 el de sus agentes vinculados, el artículo 45 el de los órganos de dirección de órgano rector del mercado y el artículo 63 el de los proveedores de servicios de suministro de datos, estableciéndose en todos ellos la necesidad de honorabilidad, conocimientos, idoneidad de los accionistas, etc.

Igualmente la Ley del Mercado de Valores exige los requisitos de honorabilidad en su artículo 45 para los miembros de los órganos rectores de los mercados, en el 184 bis para las empresas de servicios de inversión y en el 197 undecies para el órgano de administración de los proveedores de servicios de suministro de datos (estos últimos introducidos por el Real Decreto Ley 14/2018, de 28 de septiembre).

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 y de la Ley a las que se acaba de hacer referencia.

III

Especial referencia merecen los datos relacionados con las condenas penales y las sanciones administrativas de los miembros de los órganos de gobiernos de las empresas de servicios de inversión a los que hace expresa referencia la nueva redacción del artículo 20 del Real Decreto 217/2008.

El artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”.

Asimismo, el artículo 10 del Reglamento general de protección de datos establece que “el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las

autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas".

Esta norma se particulariza, de lege ferenda, por el artículo 10.1 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, publicado en el Boletín oficial de las Cortes de 24 de noviembre de 2017, que dispone que "El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, sólo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal".

Finalmente, respecto de los datos referidos a la comisión de infracciones administrativas, el artículo 27 del mismo Proyecto de Ley, en correlación con lo establecido por el artículo 15.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno, establece lo siguiente:

"1. A los efectos del artículo 86 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, incluido el mantenimiento de registros relacionados con las mismas, exigirá:

a) Que los responsables de dichos tratamientos sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones.

b) Que el tratamiento se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquél.

2. Cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas habrán de contar con el consentimiento del interesado o estar autorizados por una norma con rango de ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados.

3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas sólo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones""

De todo lo que se acaba de indicar se desprende que el tratamiento de datos relacionados con las condenas penales o administrativas sólo resulta posible, a falta del consentimiento explícito del interesado, en caso de que se encuentre amparada por una norma con rango de Ley, en que se establezcan, en su caso, las garantías adicionales para la salvaguarda de los derechos de los afectados.

Debe en este punto señalarse que el derecho español no establece la posibilidad de obtención de certificados parciales de antecedentes penales salvo en los supuestos en que así lo establece expresamente, como sucede en el caso de los que obrasen en el registro de delincuentes sexuales y que hubieran de ser apartados por quienes pretendieran desarrollar actividades que impliquen contacto con menores de edad, tal y como dispone la normativa de atención jurídica del menor. Ello supone que para el conocimiento de la existencia o no de los antecedentes relevantes para la determinación de la existencia de honorabilidad a los efectos establecidos en la Ley sería precisa la recogida de datos contenidos en certificados de antecedentes penales que, sin implicar la existencia de antecedentes por los delitos mencionados en el artículo 204 del proyecto, sí incluyesen antecedentes de delitos de distinta naturaleza que no afectasen a la mencionada honorabilidad.

En este caso, además de las consideraciones realizadas anteriormente relativas a la honorabilidad, existe una expresa habilitación legal en el artículo 185 bis de la Ley del Mercado de Valores:

1. Se considerará que concurre la honorabilidad, honestidad e integridad requerida en este título en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la empresa de servicios y actividades de inversión.

Para valorar la concurrencia de honorabilidad, honestidad e integridad deberá considerarse toda la información disponible, de acuerdo con los parámetros que se determinen reglamentariamente. En todo caso, dicha información deberá incluir la relativa a la condena por la comisión de delitos o faltas y la sanción por la comisión de infracciones administrativas."

Debe asimismo traerse a colación la doctrina sentada por el tribunal Constitucional en su Sentencia 17/2013, en el sentido de que aunque es cierto que la norma citada otorga cobertura al tratamiento y cesión de los datos sería necesario que la misma resulte respetuosa con los restantes principios establecidos actualmente en el Reglamento General de Protección de Datos y la norma que adapte al mismo el derecho español. En particular, será preciso que el tratamiento y comunicación de los datos a los que se refieren los

preceptos que se han venido a enumerar resulten conformes a los principios de limitación de finalidad y minimización establecidos en el artículo 5 del Reglamento General de Protección De Datos.

Por otro lado, esta Agencia Española de Protección de Datos ha tenido la oportunidad de analizar la cuestión a la que ahora se está haciendo referencia, en relación con el ámbito del sector asegurador, al informar diversos proyectos de disposiciones en las que se establecía la información necesaria para delimitar la concurrencia de honorabilidad. Así, cabe hacer referencia a los informes emitidos al Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, de fecha 13 de febrero de 2015, a su Reglamento de desarrollo, emitido en fecha 19 de noviembre de 2015 y al Proyecto de Orden por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras y por quienes pretendan desempeñar cargos de dirección efectiva o funciones que integran el sistema de gobierno en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras, de fecha 16 de febrero de 2016, citados en el informe de 5 de diciembre de 2017 relativo al Anteproyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados:

"El primero de los citados informes valoraba la procedencia y conformidad con los principios de finalidad y proporcionalidad del tratamiento de estos datos, señalando lo siguiente:

"Obviamente, la concurrencia de los requisitos adecuados de idoneidad y honorabilidad en los directivos y consejeros de las entidades aseguradoras resulta esencial para garantizar su adecuado funcionamiento y evitar los posibles riesgos que de su actividad, en caso de no reunirse los requisitos, pudieran derivarse en la actividad económica. Sin embargo, la legitimidad de este fin no puede fundamentar por sí sola la recolección de información "disponible" que exceda de la que resulte adecuada, pertinente y no excesiva en relación con el objetivo perseguido, teniendo en cuenta no sólo la normativa sectorial, sino el conjunto del ordenamiento jurídico.

De este modo, como se ha comprobado, la "información disponible" referida a condenas penales debería quedar limitada a la derivada de los antecedentes penales en vigor y, particularmente, de la situación de inhabilitación del candidato al puesto directivo o de administración. Del mismo modo, en cuanto a las infracciones administrativas, sería preciso el establecimiento de límites similares, tanto en lo referente a la normativa a la que debe referirse la infracción, no acumulándose datos irrelevantes o que no guarden en ninguna medida relación con el puesto que se pretende

desempeñar ni aquéllos respecto de los que el tiempo transcurrido determine su irrelevancia para la toma de decisiones."

De lo que acaba de transcribirse, trasladado al supuesto ahora estudiado, se desprende que, efectivamente, el conocimiento del requisito de honorabilidad por parte de quienes intervienen en la actividad de distribución de seguros privados constituye una finalidad legítima que garantiza el adecuado funcionamiento y transparencia en el mercado asegurador.

Al propio tiempo, y a diferencia de lo que sucedía en la legislación reguladora de la ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, el Anteproyecto ahora sometido a informe sí delimita los datos referidos a la comisión de infracciones administrativas que serán necesarios para la valoración de la honorabilidad, circunscribiéndolos a los referidos a las infracciones cometidas "en el ámbito administrativo en materia aseguradora, bancaria, mercado de valores, Hacienda Púbica, de Seguridad Social, competencia desleal o abuso de mercado, movimiento de capitales, transacciones económicas con el exterior, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y protección de consumidores y usuarios por la comisión de infracciones tipificadas como muy graves o graves".

En el presente supuesto, cabe considerar que las áreas a las que se limita la exigibilidad de acceso a los antecedentes de comisión de infracciones administrativas resultan ajustadas a las que permiten determinar la honorabilidad del mediador o distribuidor, al no haberse establecido su alcance en términos generales, sino únicamente en relación con los ámbitos financiero, tributario y de seguridad social, monetario y de protección de los consumidores y usuarios, teniendo en cuenta que dicha normativa es igualmente aplicable a las actividades desarrolladas por los mediadores de seguros y reaseguros privados. De este modo cabe considerar igualmente cumplido en este caso el principio de minimización de datos, por lo que la habilitación legal para el tratamiento sí sería conforme a las normas de protección de datos de carácter personal.

En todo caso, el tratamiento de los datos, tanto relativos a la comisión de infracciones penales como de ilícitos administrativos únicamente debería llevarse a cabo con la finalidad de evaluar la honorabilidad exigida por los preceptos del Anteproyecto a los que se ha hecho exhaustiva referencia en un lugar anterior de este informe y para su comunicación a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, no debiendo además dichos datos, conforme a lo establecido en el artículo .5 de la Ley Orgánica 15/1999 y en correlación con lo previsto en el artículo 15.1 de la Ley 19/2013 ser objeto de publicidad.

A tal efecto, cabe traer a colación, mutatis mutandi, lo señalado por esta Agencia en el ya mencionado informe de 19 de diciembre de 2015, en que se

indicaba que "sería necesario que, limitado el alcance de la información recogida, se estableciesen reglas estrictas en lo relacionado con el tratamiento de los datos que se llevase a cabo por las entidades, delimitando claramente que esa información únicamente podrá ser tratada para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el precepto y su comunicación a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, debiendo además imponerse sobre dicho tratamiento y los ficheros que al efecto se constituyesen medidas reforzadas de seguridad, de las establecidas en la normativa de protección de datos de carácter personal, que dada la sensibilidad de la información deberían alcanzar el nivel alto, limitándose al máximo los usuarios autorizados para el acceso a los datos y estableciéndose sistemas de control de acceso a la información en los términos que prevé el artículo 104 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999."

A nuestro juicio, las recomendaciones que acaban de reproducirse deberían incluirse igualmente en el Proyecto sometido a informe, bien mediante su inclusión en una norma dentro de las disposiciones generales del Anteproyecto, bien mediante su regulación dentro de las normas expresamente referidas a protección de datos, incorporadas a la sección tercera del Capítulo VII del Anteproyecto."

En este punto es de destacar lo previsto en la nueva redacción del artículo 30 del Real Decreto 217/2008 relativo a los requisitos de organización interna de las empresas de servicios de inversión y de las restantes entidades que prestan servicios de inversión, estableciendo en su apartado 8 lo siguiente:

"Sin perjuicio de la facultad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para exigir acceso a las comunicaciones de conformidad con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y en el Reglamento (UE) nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, la empresa de servicios de inversión deberá contar con mecanismos de seguridad sólidos para garantizar la seguridad y autenticación de los medios de transmisión de la información, reducir al mínimo el riesgo de corrupción de datos y de acceso no autorizado y evitar fugas de información, manteniendo en todo momento la confidencialidad de los datos".

Esta Agencia valora muy positivamente la inclusión de dicho precepto que concreta la obligación de adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo que establece el artículo 32 del Reglamento General de Protección de Datos.

IV

En cuanto al tratamiento de los datos por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el mismo encuentra su fundamento igualmente en lo previsto en el artículo 6.1 letra 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.

En efecto, el artículo 17 de la Ley del Mercado de Valores señala que "La Comisión Nacional del Mercado de Valores es el órgano competente en materia de supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, del ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y de las demás funciones que se le atribuyen en esta ley".

En este sentido, el artículo 234.12 de la Ley del Mercado de Valores dispone lo siguiente:

"12. El acceso, tratamiento y cesión de los datos personales recabados por la CNMV en el ejercicio de sus funciones de inspección y supervisión se encuentra amparado por la normativa de protección de datos de carácter personal, al realizarse para el cumplimiento de una misión de interés público y en el ejercicio de potestades públicas conferidas a la misma. Los datos únicamente se emplearán para el ejercicio de las mencionadas potestades en los términos previstos en esta ley.

Los derechos de los interesados regulados en la normativa de protección de datos de carácter personal quedarán limitados, de acuerdo con lo dispuesto en dicha normativa, durante el tiempo que la CNMV considere necesario para salvaguardar el buen fin de sus actuaciones inspectoras y supervisoras."

No obstante, dicho apartado no será de aplicación hasta que no se haya aprobado la modificación de la Ley Orgánica de Protección de Datos y haya entrado en vigor su disposición adicional decimoctava según establece la disposición final 5.2, segundo párrafo, del Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre (actualmente, la disposición adicional decimoquinta del proyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

V

El proyecto de Real Decreto da nueva redacción al artículo 32 del Real Decreto 217/2008 sobre registros:

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 194 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, las empresas de servicios llevarán un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realicen. Dicho registro deberá ser suficiente para permitir que la Comisión Nacional del Mercado de Valores desempeñe sus funciones de supervisión y aplique las medidas ejecutivas oportunas al amparo de la presente ley, del Reglamento (UE) nº 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 y del Reglamento (UE) nº 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 y en particular para que pueda determinar si la empresa de servicios de inversión ha cumplido todas sus obligaciones, incluidas las relativas a sus clientes o posibles clientes y a la integridad del mercado.

2. El registro incluirá las grabaciones de las conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas relativas, al menos, a las operaciones realizadas cuando se negocia por cuenta propia y la prestación de servicios que estén relacionados con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes.

3. Entre las conversaciones telefónicas y comunicaciones electrónicas a que se refiere el apartado anterior, figurarán también aquellas cuya intención sea dar lugar a operaciones realizadas en el marco de una negociación por cuenta propia o en la prestación de servicios que estén relacionados con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes, incluso si esas conversaciones o comunicaciones no dieran lugar a la realización de tales operaciones o a la prestación de tales servicios.
   Esto incluye las comunicaciones telefónicas a iniciativa de la empresa de servicios de inversión o las conversaciones en el marco de una comunicación telefónica iniciadas a iniciativa de esta última, que guarde relación con la prestación de servicios, que puedan dar lugar a recepción, ejecución y transmisión de órdenes. A tal fin, la empresa de servicios de inversión tomará todas las medidas razonables para grabar las conversaciones telefónicas y comunicaciones electrónicas pertinentes realizadas, enviadas o recibidas a través de material facilitado por la propia empresa a un empleado o una persona contratada o cuya utilización por estos haya aceptado o autorizado la empresa de servicios de inversión.

4. Las empresas de servicios de inversión notificarán a sus clientes nuevos y actuales que se grabarán las comunicaciones o conversaciones telefónicas entre ellas y sus clientes a resultas de las cuales se realicen o puedan realizarse operaciones. Dicha notificación podrá realizarse una sola vez, antes de la prestación de servicios de inversión a clientes nuevos y actuales.

5. Las empresas de servicios de inversión no prestarán servicios ni ejercerán actividades de inversión por teléfono con aquellos clientes a los que no hayan notificado por adelantado la grabación de sus comunicaciones o conversaciones telefónicas en caso de que dichos servicios y actividades estén relacionadas con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes.

6. Los clientes podrán comunicar sus órdenes por otros canales distintos a los previstos en los apartados anteriores, si bien tales comunicaciones deberán hacerse en un soporte duradero, como correo postal, fax correo electrónico, o documentación de órdenes de clientes formuladas en reuniones. En particular, el contenido de conversaciones pertinentes cara a cara con un cliente podrá registrarse por escrito en actas o notas. Esas órdenes se considerarán equivalentes a las recibidas por teléfono.

7. La empresa de servicios de inversión tomará todas las medidas razonables para impedir que un empleado o una persona contratada realice, envíe o reciba llamadas telefónicas o comunicaciones electrónicas en material de su propiedad que la empresa no pueda registrar o copiar.

8. Los registros conservados con arreglo a lo dispuesto en este artículo se podrán a disposición de los clientes si así lo solicitan, y se conservarán durante un periodo de 5 años y, cuando la Comisión Nacional del Mercado de Valores así lo solicite, durante un periodo de hasta 7 años.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 72 a 76 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 e abril de 2016.

10. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá precisar los sistemas, procesos, requisitos técnicos y el alcance de las grabaciones de conversaciones telefónicas y comunicaciones electrónicas con clientes que pudieran derivar en la prestación de servicios de órdenes a clientes, de conformidad con lo previsto en el Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016.

A la importancia de armonizar la normativa de registros hace referencia el Considerando 57 de la Directiva 2014/65/UE:

"La Directiva 2006/73/CE de la Comisión (1) permite que los Estados miembros exijan, en el contexto de los requisitos organizativos que deben cumplir las empresas de servicios de inversión, el registro de conversaciones telefónicas o de comunicaciones electrónicas ligadas a órdenes de clientes. El registro de conversaciones telefónicas o de comunicaciones electrónicas ligadas a órdenes de clientes es compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) y se justifica por la necesidad de reforzar la protección del inversor, mejorar la vigilancia del mercado y aumentar la seguridad jurídica en beneficio de las empresas de servicios de inversión y sus clientes. La recomendación técnica a la Comisión, emitida por el Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores el 29 de julio de 2010, resalta también la importancia de dichos registros. Estos registros deben garantizar que haya pruebas que permitan demostrar las condiciones de las órdenes dadas por los clientes y su correspondencia con las operaciones realizadas por las empresas de servicios de inversión, así como detectar cualquier conducta que pueda ser relevante en materia de abuso de mercado, en particular cuando las empresas negocian por cuenta propia.

A tal fin, es necesario conservar registros de todas las conversaciones en las que participen representantes de la empresa cuando negocien o se propongan negociar por cuenta propia. Cuando los clientes comuniquen sus órdenes por otros canales distintos al teléfono, tales comunicaciones deben hacerse en un soporte duradero, como correo postal, fax, correo electrónico, o documentación de órdenes de clientes formuladas en reuniones. Por ejemplo, el contenido de conversaciones pertinentes directas con un cliente podría registrarse por escrito en actas o notas. Esas órdenes deben considerarse equivalentes a las recibidas por teléfono. Cuando se levanten actas de conversaciones directas con clientes, los Estados miembros deben asegurar que existen las salvaguardias adecuadas, a fin de garantizar que el cliente no se vea perjudicado debido a que el acta no reproduce con exactitud la comunicación entre las partes. Dichas salvaguardias no implicarán la asunción de responsabilidad por parte del cliente.

Para garantizar la seguridad jurídica en lo que se refiere al alcance de esta obligación, es conveniente, por una parte, que la obligación se aplique a todo material facilitado por la empresa de servicios de inversión o cuya utilización esta permita, y, por otra, exigir a las empresas de servicios de inversión que tomen medidas razonables para garantizar que no se utilice material privado en relación con las operaciones de la empresa. Los mencionados registros deben estar a disposición de las autoridades competentes cuando desempeñen sus funciones de supervisión o apliquen medidas ejecutivas de conformidad con la presente Directiva y con el Reglamento (UE) n o 600/2014, el Reglamento (UE) n o 596/2014 y la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), con el fin de que puedan identificar toda conducta que no se ajuste al marco jurídico por el que se rigen las actividades de las empresas de servicios de inversión. También deben estar a disposición de las empresas de servicios de inversión y los clientes, para demostrar el desarrollo de su relación en lo que atañe a las órdenes dadas por los clientes y las operaciones realizadas por las empresas. Por tales razones, es conveniente consignar en la presente Directiva los principios de un régimen general relativo al registro de conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas ligadas a órdenes de clientes".

Y el Considerando 144 añade los siguiente:

"Los registros telefónicos y de tráfico de datos procedentes de empresas de servicios de inversión en los que se ejecutan y documentan las operaciones, así como los registros telefónicos y de tráfico de datos procedentes de empresas de telecomunicaciones, constituyen una prueba crucial, a veces la única, para detectar y demostrar la existencia de prácticas de abuso de mercado, así como para comprobar si las empresas cumplen su obligación de proteger a los inversores y otros requisitos establecidos en la presente Directiva o en el Reglamento (UE) n o 600/2014. Por tanto, las autoridades competentes deben poder exigir los registros de conversaciones telefónicas, de comunicaciones electrónicas o de tráfico de datos mantenidos por una empresa de servicios de inversión o una entidad de crédito. El acceso a los registros telefónicos es necesario para poder detectar y sancionar las prácticas de abuso de mercado o el incumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Directiva o en el Reglamento (UE) n o 600/2014.

Para introducir unas condiciones equitativas en la Unión en relación con el acceso a registros telefónicos y de tráfico de datos mantenidos por empresas de telecomunicaciones o a registros telefónicos y de tráfico de datos mantenidos por una empresa de servicios de inversión, las autoridades competentes deben poder exigir, de conformidad con el Derecho nacional, los registros existentes sobre el tráfico de datos mantenidos por una empresa de telecomunicaciones en la medida en que lo permita el Derecho nacional y los registros existentes sobre conversaciones telefónicas y tráfico de datos mantenidos por una empresa de servicios de inversión, cuando exista una sospecha razonable de que dichos registros, relacionados con el objeto de la inspección o la investigación, puedan ser pertinentes para demostrar conductas que están prohibidas por el Reglamento (UE) n o 596/2014 o los requisitos establecidos en la presente Directiva o en el Reglamento (UE) n o 600/2014. El acceso a los registros telefónicos y de tráfico de datos que mantiene una empresa de telecomunicaciones no debe incluir el contenido de las comunicaciones telefónicas vocales".

Partiendo de lo anterior, el artículo 16 de la Directiva legitima dichos registros al disponer lo siguiente:

"6. Toda empresa de servicios de inversión llevará un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realice. Dicho registro deberá ser suficiente para permitir que la autoridad competente desempeñe sus funciones de supervisión y aplique las medidas ejecutivas oportunas al amparo de la presente Directiva, del Reglamento (UE) n o 600/2014, de la Directiva 2014/57/UE y del Reglamento (UE) n o 596/2014, y en particular para que pueda determinar si la empresa de servicios de inversión ha cumplido todas sus obligaciones, incluidas las relativas a sus clientes o posibles clientes y a la integridad del mercado.

7. El registro incluirá las grabaciones de las conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas relativas, al menos, a las operaciones realizadas cuando se negocia por cuenta propia y la prestación de servicios que estén relacionados con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes.

Entre tales conversaciones telefónicas y comunicaciones electrónicas figurarán también aquellas cuya intención sea dar lugar a operaciones realizadas en el marco de una negociación por cuenta propia o en la prestación de servicios que estén relacionados con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes, incluso si esas conversaciones o comunicaciones no den lugar a la realización de tales operaciones o a la prestación de tales servicios.

A tal fin, la empresa de servicios de inversión tomará todas las medidas razonables para grabar las conversaciones telefónicas y comunicaciones electrónicas pertinentes realizadas, enviadas o recibidas a través de material facilitado por la propia empresa a un empleado o una persona contratada o cuya utilización por estos haya aceptado o autorizado la empresa de servicios de inversión.

Las empresas de servicios de inversión notificarán a sus clientes nuevos y actuales que se grabarán las comunicaciones o conversaciones telefónicas entre ellas y sus clientes a resultas de las cuales se realicen o puedan realizarse operaciones.

Dicha notificación podrá realizarse una sola vez, antes de la prestación de servicios de inversión a clientes nuevos y actuales.

Las empresas de servicios de inversión no prestarán por teléfono servicios ni ejercerán actividades de inversión con aquellos clientes a los que no hayan notificado por adelantado la grabación de sus comunicaciones o conversaciones telefónicas en caso de que dichos servicios y actividades estén relacionadas con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes.

Los clientes podrán comunicar sus órdenes por otros canales, si bien tales comunicaciones deberán hacerse en un soporte duradero, como correo postal, fax, correo electrónico, o documentación de órdenes de clientes formuladas en reuniones. En particular, el contenido de conversaciones pertinentes cara a cara con un cliente podrá registrarse por escrito en actas o notas. Esas órdenes se considerarán equivalentes a las recibidas por teléfono.

La empresa de servicios de inversión tomará todas las medidas razonables para impedir que un empleado o una persona contratada realice, envíe o reciba llamadas telefónicas o comunicaciones electrónicas en materia de su propiedad que la empresa no pueda registrar o copiar.

Los registros conservados con arreglo a lo dispuesto en este apartado se pondrán a disposición de los clientes si así lo solicitan, y se conservará durante un período de cinco años y, cuando la autoridad competente así lo solicite, durante un período de hasta siete años".

Como puede observarse, es una redacción prácticamente idéntica a la del proyecto de Real Decreto por lo que dicho registro encuentra igualmente en el artículo 6.1.c) del Reglamento general de protección de datos su base jurídica, al tratarse de una obligación impuesta por el Derecho comunitario que ha sido recogida en el artículo 194 de la Ley del Mercado de Valores, precepto que será de aplicación en el momento en que entre en vigor el presente Real Decreto (disposición final 5.2 del Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre).

Además, la propia norma establece determinadas obligaciones que son conformes con el Reglamento general de protección de datos, como la obligación de informar (información que deberá completarse en todo caso con los previsto en el artículo 13 del Reglamento, a lo que nos referiremos posteriormente), la de conservar los datos no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento y la adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo prevista en el artículo 30 ya analizado anteriormente.

Lo mismo resulta de aplicación a lo previsto en el artículo 44 del Real Decreto 217/2008, según el cual "para permitir la correcta atribución de posibles pérdidas, los registros de la entidad deberán incluir datos de los clientes conforme a cuyas instrucciones se hayan utilizado los instrumentos financieros y el número de instrumentos financieros utilizados pertenecientes a cada cliente y que es conforme a lo previsto en el artículo" y cuyo fundamento se encuentra en el artículo 25 de la Directiva: "La empresa de servicios de inversión creará un registro que incluya el documento o documentos objeto del acuerdo entre la empresa de servicios de inversión y el cliente que estipulen los derechos y las obligaciones de las partes y las demás condiciones en las que la empresa de servicios de inversión prestará servicios al cliente. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato podrán indicarse mediante referencia a otros documentos o textos jurídicos".

VI

El proyecto de Real Decreto da asimismo nueva redacción al artículo 48 del Real Decreto 217/2008, estableciendo la obligación de las empresas de servicios de inversión de poner la información relativa a los instrumentos financieros y los fondos de los clientes a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los administradores concursales y el Fondo de Restructuración Ordenada Bancaria. Dicha información podrá contener datos personales, citando la norma expresamente los siguientes:

- Los datos pormenorizados de los terceros que lleven a cabo cualquier tarea externalizada asociada y de cualquier tarea externalizada.
- Las principales personas de la empresa que intervengan en los procesos asociados, incluidos los encargados de la supervisión de los requisitos de la empresa en relación con la salvaguarda de los activos de los clientes.

Dicho precepto encuentra su fundamento en el artículo 2.5 de la Directiva delegada 2017/593/UE:

“Los Estados miembros exigirán que las empresas de inversión pongan la información relativa a los instrumentos financieros y los fondos de los clientes a disposición de las entidades siguientes: autoridades competentes, administradores concursales designados, y los responsables de la resolución de entidades inviables. La información que deberá facilitarse incluirá lo siguiente:

a) las cuentas y los registros internos asociados en los que se identifiquen con facilidad los saldos de los fondos e instrumentos financieros mantenidos para cada cliente;

b) el lugar en que las empresas de inversión mantienen los fondos de los clientes con arreglo al artículo 4 y los detalles de las cuentas en que son mantenidos tales fondos y de los acuerdos pertinentes con tales empresas;

c) el lugar en que las empresas de inversión mantienen los instrumentos financieros con arreglo al artículo 3, los detalles de las cuentas abiertas en terceros y de los acuerdos pertinentes con tales terceros, así como los detalles de los acuerdos pertinentes con dichas empresas de inversión;

d) los datos pormenorizados de los terceros que lleven a cabo cualquier tarea (externalizada) asociada y de cualquier tarea externalizada;

e) las principales personas de la empresa que intervengan en los procesos asociados, incluidos los encargados de la supervisión de los requisitos de la empresa en relación con la salvaguarda de los activos de los clientes, y

f) los acuerdos pertinentes para establecer la propiedad de los clientes respecto a los activos.”

Por consiguiente, el tratamiento de dichos datos encuentra de nuevo su fundamento en el artículo 6.1.c del Reglamento general de protección de datos, al tratarse de una obligación impuesta por el Derecho de la Unión Europea. Asimismo, es predicable respecto al FROB lo señalado anteriormente respecto de la CNMV, habida cuenta de las competencias que le atribuye la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, por lo que su tratamiento también estaría amparado por el artículo 6.1.e).

VII

En cuanto a la nueva regulación contenida en el Capítulo V del Título I del Real Decreto 217/2008 relativa a las sucursales y libre prestación de servicios, especialmente en su sección 2ª en cuanto a terceros Estados y que debe ponerse en relación con el Título III sobre actuación transfronteriza de las empresas de servicios de inversión, debe recordarse que 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 de los datos.

En primer lugar, será posible 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 garantizan 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".

En el caso de los datos de los clientes, no concurriendo los presupuestos anteriores, la transferencia podrá realizarse si concurre alguna de las causas previstas en el artículo 49 del Reglamento general de protección de datos, siendo destacables, en el caso que nos ocupa, las siguientes:

a) El interesado haya dado explícitamente su consentimiento a la transferencia propuesta, tras haber sido informado de los posibles riesgos para él de dichas transferencias debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas;

b) La transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado.

c) La transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, en interés de interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica.

VII

El artículo 60 del Real Decreto 217/2008 regula los conflictos de interés entre los clientes y la propia empresa de servicios de inversión o su grupo, incluidos sus directivos, empleados, agentes o personas vinculadas con ella, directa o indirectamente, por una relación de control; o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes. A estos efectos su apartado 2 prevé que "cuando las medidas organizativas o administrativas a las que se refiere el apartado anterior adoptadas para gestionar el conflicto de interés y evitar que se perjudiquen los intereses de sus clientes, no sean suficientes para garantizar, con razonable certeza, que se prevendrán los riesgos de perjuicio para los intereses del cliente, la empresa de servicios de inversión deberá revelar la naturaleza y origen del conflicto al cliente antes de actuar por cuenta del mismo, así como las medidas adoptadas para mitigar el riesgo de perjuicio para el cliente. Esta información se proporcionará en un soporte duradero y con suficiente detalle, teniendo en cuenta la naturaleza del cliente, para que este pueda tomar una decisión sobre el servicio con conocimiento de causa, en el contexto en el que se plantee el conflicto de interés".

De nuevo, el citado precepto es fiel transcripción de lo previsto en el artículo 23 de la Directiva 2014/65/UE:

"1. Los Estados miembros exigirán a las empresas de servicios de inversión que tomen todas las medidas apropiadas para detectar y prevenir o gestionar los conflictos de intereses que pudieran surgir en el momento de la prestación de cualquier servicio de inversión o auxiliar, o de una combinación de los mismos, entre las propias empresas, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados o cualquier persona vinculada directa o indirectamente a ellas por control, y sus clientes o entre clientes, incluidos los causados por la recepción de incentivos de terceros o por la propia remuneración de la empresa de servicios de inversión y otras estructuras de incentivos.

2. En caso de que las medidas organizativas o administrativas adoptadas por la empresa de servicios de inversión con arreglo al artículo 16, apartado 3, para impedir conflictos de intereses perjudiquen los intereses de su clientes no sean suficientes para garantizar, con razonable certeza, que se prevendrán los riesgos de perjuicio para los intereses del cliente, la empresa de servicios de inversión deberá revelar claramente al cliente la naturaleza general o el origen de los conflictos de intereses y las medidas adoptadas para mitigar esos riesgos antes de actuar por cuenta del cliente.

3. La información a que se refiere el apartado 2 se comunicará:

a) en un soporte duradero, y

b) con suficiente detalle, teniendo en cuenta la naturaleza del cliente, para que este pueda tomar una decisión sobre el servicio con conocimiento de causa, en el contexto en el que se plantee el conflicto de intereses […]".

Por su parte, el artículo 208 bis de la Ley del Mercado de Valores establece lo siguiente:

"1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 193, las empresas que presten servicios y actividades de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para prevenir, detectar y gestionar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo.

2. Reglamentariamente se podrá desarrollar lo previsto en este artículo, concretando, como mínimo, las partes entre las que pueden surgir conflictos de interés, las obligaciones de información respecto a las medidas adoptadas por la empresa de servicios y actividades de inversión conforma al apartado anterior, así como los medios en los que deberá proporcionarse dicha información."

Por lo tanto, el tratamiento de dichos datos tiene su base jurídica en el artículo 6.1.c) del Reglamento general de protección de datos.

VIII

En todos los supuestos analizados en que la legitimidad del tratamiento no requiere del consentimiento del interesado deberá cumplirse con el deber de información que establecen los artículos 13 y 14 del Reglamento general de protección de datos, incluido el caso en que la contratación de los servicios de inversión se realice de forma electrónica conforme a lo previsto en el nuevo artículo 19.ter del Real Decreto 217/2008.

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.

IX

En conclusión, el proyecto de Real Decreto objeto de informe regula muchos supuestos que van a implicar el tratamiento de datos de carácter personal de personas físicas que encuentran su fundamento en el artículo 6.1. del Reglamento general de protección de datos y que igualmente quedarán sujetos a todos los requisitos que en el mismo se establecen.

En este punto hay que recordar que el citado reglamento ha supuesto una modificación sustancial del régimen de protección de datos personales, superando una postura más reactiva para consagrar el principio de responsabilidad proactiva.

Por todo ello se propone la inclusión de la siguiente disposición adicional tanto en el proyecto de Real Decreto como en el Real Decreto 217/2008:

“Los tratamientos de datos de carácter personal de las personas físicas que resulten de la aplicación del presente Real Decreto se realizarán con estricta sujeción a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y en el resto de la normativa sobre protección de datos personales”