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 Anteproyecto de Ley tiene por objeto dar cumplimiento al deber de transposición al ordenamiento español de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, especialmente en las siguientes materias: procedimiento para iniciar una actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo y transferencias transfronterizas de planes de pensiones de empleo entre fondos, normas de inversión aplicables, sistema de gobierno, externalización de funciones, información a los potenciales partícipes, a los partícipes y a los beneficiarios y supervisión prudencial.

II

En lo que a la materia de protección de datos personales respecta, la norma a la que debe ajustarse el Anteproyecto de Ley 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, RGPD), 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.”

Asimismo, el artículo 4.1 define “tratamiento” como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de

datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".

Por lo tanto, los tratamientos de datos personales de personas físicas a que den lugar las modificaciones introducidas por el Anteproyecto de Ley deberán ajustarse a la normativa en materia de protección de datos personales.

Así lo recoge la Directiva objeto de transposición señalando en su Considerando 11 que "La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el derecho a la protección de los datos personales,[…]" y el Considerando 74 que "Todo tratamiento de datos personales realizado en virtud de la presente Directiva, por ejemplo el intercambio o la transmisión de datos personales por las autoridades competentes, debe atenerse a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, y todo intercambio o transmisión de información por las Autoridades Europeas de Supervisión, en virtud de la presente Directiva, debe atenerse a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.o 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo". De ahí que el artículo 61 disponga que "En lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el marco de la presente Directiva, los FPE y las autoridades competentes realizarán sus tareas a efectos de la presente Directiva de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679. En lo que atañe al tratamiento de datos de carácter personal por la AESPJ con arreglo a la presente Directiva, la Autoridad deberá ajustarse al Reglamento (CE) n.o 45/2001" (Si bien la remisión al Reglamento (CE) 45/2001 debe entenderse realizada, en el momento de emisión del presente informe, al Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.o 45/2001 y la Decisión n.o 1247/2002/CE).

Igualmente, el artículo 23 de la Directiva, relativo a la publicidad de la política de remuneraciones, hace referencia expresa al Reglamento (UE) 2016/679, precepto que traspone el texto proyectado en el artículo 29.2.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que el texto refundido de la Ley de Regulación de los planes y fondos de pensiones que ahora se modifica no contiene disposición alguna de carácter general en materia de protección de datos personales, debería incluirse un nuevo apartado en al artículo único del Anteproyecto que introduzca un nuevo artículo en la citada Ley del siguiente tenor:

“Los tratamientos de datos de carácter personal de las personas físicas 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”

III

Atendiendo ya a las concretas modificaciones propuestas que tienen incidencia en materia de protección de datos personales, el Anteproyecto introduce un nuevo artículo 10 bis relativo a la información que debe facilitarse a los partícipes potenciales, a los partícipes y a los beneficiarios, con el fin de que disponga de información adecuada y transparente sobre los planes y fondos de pensiones que les permita fundamentar sus decisiones sobre su jubilación y conocer el contenido y evolución de sus derechos en el plan y que deberá facilitarse, en los términos que se establezcan reglamentariamente conforme a los principios que establece dicho artículo, tanto con ocasión de la incorporación al plan como con carácter periódico y en caso de movilización de derechos a otro plan.

Desde el punto de vista de la protección de datos personales de los partícipes potenciales, los partícipes y los beneficiarios, uno de los principios básicos que establece el artículo 5.1. del RGPD es el de transparencia, de modo que las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento (Considerando 39), debiendo facilitarse la información que detallan los artículos 13 (Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado) y 14 (Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado) “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo” (Artículo 12.1). A estos efectos, el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales regula el cumplimiento del deber de información “por capas” facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el precepto e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.

Por ello se propone la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 10 bis con la siguiente redacción:

“En todo caso se facilitará a los partícipes potenciales, los partícipes y los beneficiarios de los planes de pensiones la información relativa al tratamiento de sus datos prevista en la normativa sobre protección de datos personales”.

IV

En materia de supervisión de planes y fondos de pensiones el Anteproyecto modifica el contenido del Capítulo VII del texto refundido, regulando las competencias del Ministerio de Economía y Empresa, quién podrá recabar "toda la información que sea precisa para comprobar el correcto cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias", así como de las específicas de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que formará parte, en su condición de autoridad supervisora española en materia de fondos de pensiones, de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ).

En este punto 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.

En el presente caso y 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”.

En el presente caso dichas funciones se establecen por una norma con rango de ley que es conforme a lo previsto en el Título V de la Directiva (UE) 2016/2341. Además, se establecen las correspondientes garantías en el nuevo artículo 24 quáter, en el que se reconoce el carácter reservado de los datos, documentos e informes que obren en poder del Ministerio de Economía y Empresa y las correspondientes obligaciones de secreto profesional, limitando los supuestos de intercambio de información, cuyo fundamento se encontraría igualmente en las letras c) y e) del artículo 6.1 del RGPD, tratándose, en el

caso de la cooperación con otras autoridades, de una obligación legal impuesta al legislador español por la propia Directiva.

En cuanto al deber de secreto, hay que recalcar que es distinto y complementario del establecido en la legislación especial que resulte de aplicación al responsable o sus empleados. Así, el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2018, después de señalar en au apartado 1 que "Los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679" añade en su apartado 2 que "La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable".

Por ello, sería preciso completar el artículo 24 quáter con un apartado que estableciese que el deber de secreto profesional establecido en los apartado 2 y 5 se entiende sin perjuicio del impuesto por la vigente normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Por otro lado, procede hacer especial referencia a lo previsto en el artículo 24.ter j), que incluye dentro de las facultades generales de supervisión "hacer pública cualquier medida adoptada, como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables, a menos que su divulgación pudiera poner en grave riesgo la estabilidad de los mercados financieros o causar un perjuicio desproporcionado a las personas afectadas". Dicho precepto traspone el artículo 48.4 de la Directiva: "Los Estados miembros velarán por que la autoridad competente haga pública, sin demora injustificada, cualquier sanción u otra medida administrativa que se haya impuesto por infracción de las disposiciones nacionales de aplicación de la presente Directiva y contra la que no se haya interpuesto a tiempo recurso alguno, en particular información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de las personas responsables de la misma. No obstante, si la autoridad competente considera que la publicación de la identidad de personas jurídicas o la identidad o los datos personales de personas físicas resulta desproporcionada, tras una evaluación en cada caso de la proporcionalidad de la publicación de tales datos, o si esta última pone en peligro la estabilidad de los mercados financieros o una investigación en curso, la autoridad competente podrá decidir diferir la publicación, no realizar la publicación o publicar las sanciones de manera anónima".

Esta Agencia ha tenido ocasión de pronunciarse en otras ocasiones sobre la publicidad de las sanciones en otros ámbitos en que la normativa comunitaria o internacional así lo prevé, como ocurre en el dopaje, pudiéndose citar al efecto los informes 288/2012 y 455/2010, en los que se destacaba que no obstante la existencia de una base legal que legitime dicho tratamiento, el mismo debe ser conforme al resto de principios de la protección de datos de carácter personal, debiéndose informar sobre esa publicación en el momento

de la notificación de la resolución sancionadora y estableciendo las garantías adecuadas que permitan respetar los principios que actualmente se recogen en el artículo 5 del RGPD, en particular los de limitación de la finalidad, minimización, exactitud y limitación del plazo de conservación. Estas garantías aparecen previstas en el artículo 48.4 de la Directiva, pero no así en el artículo 24.ter j), por lo que, sin perjuicio de su posterior concreción reglamentaria, debería recogerse en el mismo **que la publicación se referirá a sanciones firmes, que únicamente contendrá los datos relativos al infractor, precepto vulnerado y sanción impuesta. Asimismo debería indicarse el plazo de mantenimiento de la publicación y adoptarse, en sede reglamentaria, medidas que impidan la indexación de la información por los motores de búsqueda.**

V

La siguiente cuestión que debe analizarse es la relativa a los requisitos de honorabilidad y aptitud de los miembros del consejo de administración y de quienes ejerzan la dirección efectiva de las entidades gestoras de los fondos de pensiones, aquellas que desempeñen funciones clave previstas en la ley y, en su caso, las personas o entidades a quienes se haya externalizado alguna de las funciones clave, a las que se refiere el artículo 28 de la Ley en la nueva redacción dada por el apartado doce del artículo 1 del Anteproyecto.

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.

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 (UE) 2016/2341, 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.

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 la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales, 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."

En cuanto al tratamiento de los datos por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, el mismo encuentra su fundamento además, según lo señalado anteriormente, 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.

Sentado lo anterior, es preciso analizar los concretos datos que puedan ser objeto de tratamiento, que deberán cumplir con los principios establecidos en el artículo 5 del RGPD.

En este punto adquiere especial relevancia lo señalado en al apartado 4 del citado artículo 28, que se remite al desarrollo reglamentario para determinar "los supuestos en los que se entiende que se cumplen los requisitos de aptitud y honorabilidad de quienes llevan la dirección efectiva o desempeñan funciones clave…".

Por consiguiente, el citado precepto, después de transcribir literalmente lo previsto en el apartado 1 del artículo 22 de la Directiva (UE) 2016/2341, definiendo el requisito de honorabilidad como "deberán ser personas íntegras y de buena reputación", remite al desarrollo reglamentario la determinación de los supuestos concretos en los que se entiende que se cumplen dichos requisitos.

No obstante, hay que tener en cuenta que la acreditación de dicha honorabilidad puede implicar el tratamiento de datos relativos a condenas penales, posibilidad expresamente contemplada en el artículo 22 de la Directiva, cuyo apartado 3 dispone que "Cuando un Estado miembro de origen exija a las personas mencionadas en el apartado 1 una prueba de honorabilidad, una prueba de que no han sido declaradas anteriormente en

quiebra o ambas, ese Estado miembro aceptará como justificación suficiente para los nacionales de otros Estados miembros la presentación de un extracto del registro de antecedentes penales del otro Estado miembro o, si no existe un registro de antecedentes penales en el otro Estado miembro, de un documento equivalente, que acredite que se cumplen esas exigencias, expedido por una autoridad judicial o administrativa competente bien del Estado miembro del que sea nacional la persona en cuestión o por el Estado miembro de origen".

Asimismo, la acreditación de la misma podría requerir acreditar la ausencia de sanciones en el ámbito administrativo.

De este modo, la delimitación de la honorabilidad podría implicar el tratamiento de datos relacionados con la comisión de infracciones penales y administrativas.

A estos efectos, 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 por el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que dispone los siguiente:

1. 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, solo 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.

2. El registro completo de los datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas a que se refiere el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679, podrá realizarse conforme con lo establecido en la regulación del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas solo 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.

Por otro lado, respecto de los datos referidos a la comisión de infracciones administrativas, el artículo 27 de la misma 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 aquel.

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 solo 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 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 pueden incluir antecedentes de delitos de distinta naturaleza que no afectasen a la mencionada honorabilidad. Lo mismo sucedería en cuanto al tratamiento de las infracciones administrativas, que podrían incluir otras que tampoco hubieran de ser tomadas en consideración para la apreciación de ese requisito.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, esta Agencia, ha puesto reiteradamente de manifiesto que la mera previsión de un determinado tratamiento o cesión de datos por un proyecto de disposición con rango de Ley no implica por sí sola la licitud de ese tratamiento o cesión desde el punto de vista de la normativa de protección de datos por cuanto deberá respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, tal y como impone el artículo 53.1 de la Constitución. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala lo siguiente:

"En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2.a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos."

En particular, será preciso que el tratamiento y comunicación de los datos resulten conformes con el principio de limitación de la finalidad ("Los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines") y de minimización ("serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados") recogidos en el artículo 5 del RGPD.

En el presente caso, en cuanto a la información sobre antecedentes penales existe una norma de derecho de la Unión que habilita el tratamiento de "un extracto del registro de antecedentes penales".

De este modo, el derecho de la Unión establece una habilitación para el tratamiento de los datos relacionados con los antecedentes penales cuando los Estados Miembros exijan prueba de la honorabilidad, pero sin concretar los delitos que pueden tener incidencia en dicha honorabilidad.

A diferencia de lo referido a las infracciones penales, y lo previsto para el caso de quiebras (en el caso español, referido a la declaración de concurso e inhabilitación conforme a la Ley Concursal) la Directiva no incorpora referencia alguna a la comisión de infracciones administrativas para valorar la concurrencia de honorabilidad empresarial.

Esta Agencia Española de Protección de Datos ha tenido la oportunidad de analizar la cuestión a la que ahora se está haciendo referencia, incluso dentro del ámbito del sector asegurador que también resulta afectado por la norma objeto de informe, 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 distribución de seguros y reaseguros privados de 5 de diciembre de 2017, 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.

En el informe de 13 de febrero de 2015 se 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 gestión de los fondos de pensiones constituye una finalidad legítima que garantiza el adecuado funcionamiento y transparencia en el mercado de planes de pensiones.

No obstante, con el fin de habilitar el tratamiento de los datos relativos a las condenas penales y a las infracciones administrativas, se considera necesario que así se establezca expresamente en el Anteproyecto de ley, delimitándose, conforme al principio de minimización, los supuestos concretos de infracciones penales y administrativas que se consideran relevantes a efectos de valorar la honorabilidad.

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.

A título de ejemplo, entre las normas más recientemente informadas por esta Agencia, puede citarse el Anteproyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, cuyo artículo 2.19 definía la «Honorabilidad comercial y profesional» como la "cualidad aplicable a aquellas personas que hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulen la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y de seguros. Dicha condición será aplicable a aquellas personas que no tengan antecedentes penales por haber cometido infracciones penales relativas al ejercicio de actividades financieras, y que no hayan sido sancionadas en el ámbito administrativo en materia aseguradora, bancaria, de mercado de valores, Hacienda Pública, Seguridad Social, defensa de la competencia, 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. La inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos o de administración y dirección de entidades financieras, así como la declarada conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado, o el estado de quebrado o concursado no rehabilitado en el caso de procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida ley, se considerarán circunstancias que no permiten cumplir el requisito de honorabilidad".

VI

A los efectos anteriores, y para recalcar la insuficiencia de la remisión a la normativa reglamentaria para determinar los supuestos en los que se entiende que se cumplen los requisitos de honorabilidad, procede traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia de 22 de mayo de 2019, en la que se comienza realizando una síntesis de la doctrina recogida en otras sentencias anteriores:

"6. A la vista de los potenciales efectos intrusivos en el derecho fundamental afectado que resultan del tratamiento de datos personales, la jurisprudencia de este Tribunal le exige al legislador que, además de cumplir los requisitos anteriormente mencionados, también establezca garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental. En este fundamento jurídico precisaremos la naturaleza y el alcance de este específico requisito constitucional.

a) La necesidad de establecer las garantías adecuadas para procurar el respeto del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales fue señalada específicamente en el FJ 10 de la STC 292/2000, que ha sido correctamente invocado por el Defensor del Pueblo. Del mencionado fundamento jurídico se extraen las siguientes conclusiones:

- La previsión legal y la legitimidad del fin perseguido son requisitos necesarios pero no suficientes para fundamentar la validez constitucional de una regulación del tratamiento de datos personales, pues para ello se requieren también "garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático".

- Esas garantías son necesarias "para el reconocimiento e identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos" y "para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos".

- La mera inexistencia de "garantías adecuadas" o de las "mínimas exigibles a la Ley" constituye de por sí una injerencia en el derecho fundamental, de gravedad similar a la que causarían intromisiones directas en su contenido nuclear.

- La exigencia de "garantías adecuadas" se fundamenta, por tanto, en el respeto del contenido esencial del derecho fundamental.

Asimismo, del examen conjunto de los FFJJ 7 y 10 de la STC 292/2000 se deduce que las "garantías adecuadas" o "garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula" deben diferenciarse también del "haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", que, como se indicó antes, son aquellas que

otorgan al titular del derecho fundamental "un poder de disposición y de control sobre los datos personales".

b) Esta doctrina sobre las garantías adecuadas es también la que sigue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la Sentencia de la Gran Sala de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, apartado 54, el Tribunal de Justicia señaló lo siguiente: "la normativa de la Unión de que se trate debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos (véanse, por analogía, en lo que respecta al artículo 8 del CEDH, las sentencias TEDH, Liberty y otros c. Reino Unido de 1 de julio de 2008, nº 58243/00, §§ 62 y 63; Rotaru c. Rumanía, antes citada, §§ 57 a 59, y S y Marper c. Reino Unido, antes citada, §§ 99)."

En la citada sentencia, la constatación de la carencia de, por un lado, reglas claras y precisas que regulasen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales y de, por otro lado, garantías suficientes que permitieran una protección eficaz de los datos conservados fundamentó la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

c) La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad."

Para añadir, resolviendo la cuestión objeto de debate, que:

"Por tanto, la resolución de la presente impugnación exige que aclaremos una duda suscitada con respecto al alcance de nuestra doctrina sobre las garantías adecuadas, que consiste en determinar si las garantías adecuadas frente al uso de la informática deben contenerse en la propia ley que autoriza y regula ese uso o pueden encontrarse también en otras fuentes normativas.

La cuestión solo puede tener una respuesta constitucional. La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del art.

53.1 CE para el legislador de los derechos fundamentales: la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución y el respeto del contenido esencial de dichos derechos fundamentales".

Por consiguiente, correspondiendo a los Estados Miembros definir los supuestos en los que se entiende que se cumplen los requisitos de honorabilidad, en la medida en que afectan al derecho fundamental a la protección de datos y conforme a la doctrina constitucional citada, dicha definición deberá contenerse en el propio Anteproyecto al menos en sus elementos esenciales.

VII

La siguiente cuestión a la que debe hacerse referencia es la relativa a la posibilidad de externalización, prevista en diferentes preceptos y regulada con carácter general en el nuevo artículo 30 sexies, señalando en su apartado 1 que "Las entidades gestoras de fondos de pensiones podrán encomendar cualesquiera actividades, incluidas funciones clave, en su totalidad o parte, a prestadores de servicios que actúen en nombre de la entidad", exigiendo entre otros requisitos para la externalización, en su apartado 5 que "Para la externalización de actividades, incluidas las funciones clave, la entidad gestora deberá suscribir un acuerdo escrito con el prestador de los servicios. Dicho acuerdo tendrá eficacia jurídica y definirá con claridad los derechos y obligaciones de la entidad y el prestador de servicios".

Desde el punto de vista de la protección de datos personales, el prestador de los servicios tendrá la consideración de encargado del tratamiento, que el artículo 4 del RGPD define como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento", cuyo régimen jurídico se contiene en el artículo 28:

> 1.Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.
>
> 2.El encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.

3.El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;

b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;

c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32;

d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;

e) asistirá al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;

f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;

g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de

auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.

En relación con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero, el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.

4.Cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se impondrán a este otro encargado, mediante contrato u otro acto jurídico establecido con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado a que se refiere el apartado 3, en particular la prestación de garantías suficientes de aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento. Si ese otro encargado incumple sus obligaciones de protección de datos, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado.

5.La adhesión del encargado del tratamiento a un código de conducta aprobado a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrá utilizarse como elemento para demostrar la existencia de las garantías suficientes a que se refieren los apartados 1 y 4 del presente artículo.

6.Sin perjuicio de que el responsable y el encargado del tratamiento celebren un contrato individual, el contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo podrá basarse, total o parcialmente, en las cláusulas contractuales tipo a que se refieren los apartados 7 y 8 del presente artículo, inclusive cuando formen parte de una certificación concedida al responsable o encargado de conformidad con los artículos 42 y 43.

7.La Comisión podrá fijar cláusulas contractuales tipo para los asuntos a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo, de acuerdo con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2.

8.Una autoridad de control podrá adoptar cláusulas contractuales tipo para los asuntos a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo, de acuerdo con el mecanismo de coherencia a que se refiere el artículo 63.

9.El contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 constará por escrito, inclusive en formato electrónico.

10.Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 84, si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento.

Por ello, se considera necesario incluir en el artículo 30 sexies un nuevo apartado en el que se haga referencia a que, desde la perspectiva de la normativa reguladora de los datos personales, la entidad gestora elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados y que el acuerdo previsto en el apartado 5 incluirá el contenido descrito en el artículo 28.3 del RGPD.

VIII

Por último, debe hacerse referencia al régimen jurídico aplicable a la actividad transfronteriza y a las transferencias transfronterizas, en la medida en que implicarán el tratamiento de datos personales de los partícipes y beneficiarios afectados.

Por “actividad transfronteriza” se entiende, conforme a la nueva letra g) que el Anteproyecto incluye en el artículo 37 de la ley, “la gestión de un plan de pensiones cuando la relación entre la empresa promotora y los partícipes y beneficiarios afectados se rija por la legislación social y laboral pertinente en el ámbito de los planes de pensiones de empleo de un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen”. Por su parte, el nuevo artículo 49, relativo a los aspectos generales de las transferencias transfronterizas de planes de pensiones de empleo entre fondos de pensiones de empleo de los Estados miembros, dispone en su apartado 1 que “un fondo de pensiones de empleo autorizado o registrado en un Estado miembro (fondo de pensiones de empleo transferente) podrá transferir la totalidad o una parte de las obligaciones, provisiones técnicas y otras obligaciones y derechos de un plan de pensiones de empleo adscrito al mismo, así como los activos que le correspondan o su equivalente en efectivo, a un fondo de pensiones de empleo (fondo de pensiones de empleo receptor) autorizado o registrado en otro Estado miembro”.

Desde la perspectiva de protección de datos personales, lo primero que interesa destacar es que en estos casos no nos encontraríamos ante las transferencias internacionales de datos reguladas en el Capítulo V del RGPD, cuyas disposiciones solo se aplican a las transferencias a terceros países u organizaciones internacionales. En el presente caso, al tratarse de transferencias entre Estados miembros, quedan sujetas al régimen general contenido en el RGPD.

En particular, las comunicaciones de datos deberán fundamentarse en alguna de las bases jurídicas del artículo 6 del RGPD, siendo en este caso aplicable la prevista en el apartado 1. 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.

Además, conforme a lo indicado en el apartado III del presente informe, deberá informarse a los partícipes potenciales, los partícipes y los beneficiarios de los planes de pensiones sobre la posible realización de estas comunicaciones, así como, en los casos en que se proceda a una transferencia de planes entre fondos, de la identidad del nuevo responsable.