N/REF: 023262/2019

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las cláusulas referidas a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por la entidad consultante, a fin de adaptarlas al Reglamento General de Protección de Datos.

Tales cláusulas fueron objeto de dos informes anteriores emitidos por esta Agencia de fecha 14 de noviembre y 19 de diciembre de 2018, en los que se señalaban diversos aspectos que debían ser modificados.

Por parte de la consultante se procede a la remisión del nuevo clausulado con la indicación de que el mismo ha sido convenientemente adaptado a las observaciones realizadas, ajustándose el contenido de las cláusulas a lo establecido en el Reglamento General de Protección de Datos.

I

Entre otras cuestiones, en nuestro anterior informe de 14 de noviembre de 2018, se señalaba la necesidad de aludir con claridad a la concurrencia del **consentimiento** de los afectados en relación con aquellas finalidades respecto de las cuales el mismo debiera otorgarse.

Dicha exigencia dimana de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos -**RGPD**-).

Tal y como se expuso en nuestros anteriores informes, el citado RGPD introduce profundas modificaciones en las normas de protección de datos que afectan de forma relevante, entre otras cuestiones, al denominado principio de trasparencia y derecho de información de los afectados. Así, en primer lugar, el artículo 12.1 del RGPD establece que la información a facilitar al interesado deberá serlo *“en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo”.*

A mayor abundamiento, el artículo 4.1, apartado 11, del RGPD, define el *"consentimiento del interesado",* como *"toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen".*

En relación con esta cuestión, según se observa, el *apartado 15.2* del clausulado que ahora se informa induce a confusión, al adoptar una fórmula cuya dicción literal resulta claramente equívoca, ambigua y desafortunada en orden al objetivo pretendido, referido a la información sobre la finalidad de los tratamientos de datos de carácter personal y su base legitimadora, y que ofrece el siguiente tenor:

> "El tratamiento de sus datos, cuyo consentimiento al mismo se obtiene mediante la aceptación de las Presentes CGC en la firma del Formulario de Contratación anexo a estas CGC, salvo que indique lo contrario marcando las casillas que figuran en cada finalidad en el Formulario de Contratación, sigue las siguientes finalidades: (…)".

En consecuencia, deberá modificarse el párrafo transcrito -contenido en la cláusula *15.2* del documento que se informa-, en aras de la debida claridad en relación con el otorgamiento del consentimiento de los afectados para unas u otras finalidades.

A este respecto, baste con señalar que, en los casos en que la base jurídica de los tratamientos sea el consentimiento, éste deberá tener las características previstas por los artículos 4.1 *(11)* y 7 del RGPD, que exige que sea informado, libre, específico y otorgado por los interesados mediante una manifestación que muestre su voluntad de consentir o mediante una clara acción afirmativa. Los consentimientos conocidos como "tácitos", basados en la inacción de los interesados, que han dejado de ser válidos a partir de la fecha de aplicación del RGPD, incluso para tratamientos iniciados con anterioridad.

El Considerando 32 del RGPD ofrece alguna aclaración sobre la prestación válida del consentimiento, cuando dispone que:

> "El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el

consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta."

En consecuencia, el silencio, las casillas premarcadas o la inacción del afectado no constituyen un consentimiento válido.

En relación con el Delegado de Protección de Datos, según se constata, desde el punto de vista **formal,** la información sobre el mismo se realiza a través de la página web de la consultante -*cláusula 15.1 in fine*-, de tal modo que los afectados por los tratamientos deben acudir a dicho sitio web para obtener la correspondiente información.

Analizada la política de privacidad de la página web de referencia, se aprecia que, efectivamente, a través de esta es posible contactar con el DPD de la entidad consultante, por lo que, en relación con este particular, se cumpliría con lo previsto en el artículo 13 del RGPD.

Ello no obstante, según se expone en el escrito de consulta, por parte de la consultante aún no se ha procedido a la **designación** de dicho Delegado de Protección de Datos, por lo que ha de recordarse que, según dispone el artículo 34.1, letras c) y d), de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales -**LOPDGDD**- la actividad desplegada por la entidad consultante requiere en todo caso de la designación de un Delegado de Protección de Datos.

En consecuencia, por parte de la entidad consultante se está incumpliendo con lo previsto en los citados artículos, que obligan sin ningún género de dudas a la designación de dicho Delegado en el ámbito de su actividad.

Asimismo, en nuestro informe de 14 de noviembre de 2018, se aludía a la necesidad de que se añadiese la información correspondiente sobre previsión de transferencias internacionales de datos, en los términos exigidos por el artículo 13.1. 3) del RGPD. Dicha mención resulta exigible en todo caso, con independencia de que dichas transferencias internacionales se vayan o no a realizar.

Pues bien, según se observa, dicha información no aparece recogida tampoco en el nuevo clausulado que ahora se informa, en cuyo apartado 15.4, bajo el título *"¿A quién comunicamos sus datos?",* se contiene la referencia a los posibles cesionarios de información personal.

En nuestro informe de 14 de noviembre de 2018, se señalaba lo siguiente:

> "También debería fundarse en el artículo 6.1 f) del Reglamento la consulta de sistemas de información crediticia a los que se refiere la finalidad enumerada como 8 en su primer párrafo, dada la

> fundamentación que establece en este sentido el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos. No obstante, la finalidad relacionada con el uso de sistemas de *scoring*, a la que también se refiere la cláusula en la "Finalidad 8" no está amparada por el citado artículo 20, tal y como señala su último apartado.
> (…)
>
> Por último, será preciso que se supriman del texto las referencias a las fuentes accesibles al público, al no ser éste un concepto jurídico conforme al Reglamento general de protección de datos. Igualmente, sería preciso matizar en qué supuestos y bajo qué condiciones se recabarán datos de los Organismos Públicos enumerados en la letra b) del apartado referido a las categorías de los datos objeto de tratamiento, teniendo en cuenta que tanto los datos tributarios cómo los obtenidos por la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado, conforme a sus respectivas regulaciones y solamente pueden ser cedidos en los supuestos y con las finalidades previstas en tales normas. Asimismo, el tratamiento de los datos personales por los órganos judiciales queda sujeto a lo previsto en su normativa específica y a los límites que para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en ella se establecen."

Pues bien, según se observa, las referencias al *"sistema de scoring"* se contienen incorporados a la *Finalidad 8* en idénticos términos que los contemplados en la versión anteriormente informada, sin referencia explícita a la base del tratamiento de los datos en la que este se fundamenta y que serviría para justificar el uso de esta herramienta.

A dichos efectos, baste con reitera que el artículo 20.3 de la ya vigente LOPDGDD, dispone que:

> "20.3. La presunción a la que se refiere el apartado 1 de este artículo no ampara los supuestos en que la información crediticia fuese asociada por la entidad que mantuviera el sistema a informaciones adicionales a las contempladas en dicho apartado, relacionadas con el deudor y obtenidas de otras fuentes, a fin de llevar a cabo un perfilado del mismo, en particular mediante la aplicación de técnicas de calificación crediticia."

Finalmente, en el apartado *15.3* del documento que se informa, la entidad consultante sigue sin readaptar el clausulado a nuestras observaciones relativas a las "fuentes accesibles al público". Del mismo modo, tampoco se aclaran ni matizan los supuestos en los que podrá acceder y tratar datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de la Seguridad Social y/o de carácter judicial.

II

Siguiendo las observaciones de nuestro anterior informe de 14 de noviembre de 2018, la consultante ha introducido una nueva *"Finalidad"* para el tratamiento de datos -a la que se refiere con el número 13-, relativa al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, señalando que los datos tratados se conservarán a dicho fin durante el plazo de un año previsto en la citada ley.

Asimismo, tal y como se advirtió en nuestros anteriores informes, las finalidades enumeradas como 2, 10 y 11, se basan en el interés legítimo de la entidad consultante -*ex artículo 6.1 f) del RGPD*-, habiendo quedado debidamente reflejada dicha circunstancia en el nuevo documento que ahora se informa.

Del mismo modo, siguiendo nuestras observaciones, se constata que las finalidades 7 y 9, basadas en el consentimiento del afectado, se readaptan en orden al contenido de dichas finalidades *-enriquecimiento de perfilados y conservación de datos a la finalización del contrato-* con mayor claridad y de forma separada, posibilitando una comunicación individualizada del consentimiento otorgado en relación con una y/u otra.

En lo relativo al ejercicio de los derechos de los afectados por los tratamientos, las adaptaciones realizadas en el documento que se informa resultan conformes con nuestras anteriores observaciones, refiriéndose con la suficiente claridad y detalle a dichos derechos y a la forma de su ejercicio.

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