

- **Procedimiento nº.: PS/00477/2019**

Recurso de reposición Nº RR/00061/2021

Examinado el recurso de reposición interpuesto por CAIXABANK, S.A. contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00477/2019, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 05/01/2021, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00477/2019, en la que se acordó lo siguiente:

*“PRIMERO: IMPONER a la entidad CAIXABANK, S.A., con NIF **A08663619**, por una infracción de los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD, una multa por importe de 2.000.000 euros (dos millones de euros).*

SEGUNDO: IMPONER a la entidad CAIXABANK, S.A., por una infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD, una multa por importe de 4.000.000 euros (cuatro millones de euros).

TERCERO: DECLARAR la inexistencia de infracción en relación con la imputación a la entidad CAIXABANK, S.A. de una posible vulneración de lo establecido en el artículo 22 del RGPD.

CUARTO: REQUERIR a la entidad CAIXABANK, S.A., para que, en el plazo de seis meses, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales, con el alcance expresado en el Fundamento de Derecho XI. En el plazo indicado, CAIXABANK, S.A. deberá justificar ante esta Agencia Española de Protección de Datos la atención del presente requerimiento”.

Dicha resolución, que fue notificada a la recurrente en fecha 08/01/2021, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDPGDD, y supletoriamente en la LPACAP, en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00477/2019, quedó constancia de los siguientes:

“PRIMERO: Con fecha 24/01/2018, tuvo entrada en esta Agencia una reclamación formulada por el reclamante contra CAIXABANK, en relación con las nuevas condiciones en materia de protección de datos personales cuya aceptación le requiere aquella entidad, cuestionando la cesión de sus datos personales a todas las empresas del Grupo CaixaBank y el procedimiento dispuesto para cancelar dicha cesión, que, según el reclamante, obliga a dirigir un escrito a cada una de las empresas. Solicitó que se inste a CAIXABANK la modificación de las condiciones mencionadas.

El reclamante aportó copia del condicionado citado, que aparece con los rótulos “Autorizaciones para el tratamiento de datos” y “Ejercicio de derecho de acceso, cancelación y oposición. Reclamaciones ante la Autoridad de Protección de Datos”.

En relación con esta reclamación, CAIXABANK informó a esta Agencia que las cláusulas informativas a las que se refiere la denuncia se implementaron con ocasión de los cambios contractuales dispuestos para la adaptación al Reglamento (UE) 2016/679.

SEGUNDO: Con fecha 29/03/2019, tuvo entrada en esta Agencia una reclamación formulada por la entidad Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción – FACUA, contra CAIXABANK, en relación con el “Contrato Marco” que suscriben los clientes de esta entidad, mediante el que se recogen sus datos personales, se ofrece a los mismos la información en esta materia y se recaban consentimientos para los tratamientos de datos que se especifican. FACUA denuncia que el contenido de este contrato no puede negociarse por el interesado, al que se impone el consentimiento al tratamiento de sus datos personales y la cesión de los mismos a terceras empresas con las que aquél podría no tener relación (autorizaciones previstas en la cláusula 8 y cesiones mencionadas en la cláusula 10 de dicho contrato).

FACUA aportó copia de un “Contrato Marco” fechado el 24/10/2017.

TERCERO: La entidad CAIXABANK ha declarado a esta Agencia que inició su adaptación al RGPD en el año 2016 y que esta adaptación se llevó a cabo, principalmente, mediante la implementación en junio de 2016 del formulario de recogida de datos personales denominado “Contrato Marco”, empleado por CAIXABANK de forma prioritaria para dar cumplimiento a las exigencias de transparencia en materia de protección de datos personales y para que los clientes puedan prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales a nivel de “Grupo”, con las finalidades que se indican en el citado documento.

El “Contrato Marco” se presenta como de suscripción obligatoria para los nuevos clientes, estableciendo que la firma del documento supone que éste “conoce, entiende y acepta su contenido”. Se dispone expresamente que los términos y condiciones son de aplicación general a todas las “relaciones comerciales” del interesado “con CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank, y por ello, la suscripción y vigencia del presente Contrato, respetando los correspondientes derechos de elección que para el Firmante otorgue el clausulado, es necesaria para la contratación y mantenimiento de contratos de productos o servicios”.

CAIXABANK ha manifestado, que en el caso de clientes ya existentes se incluyó un aviso en la ficha del cliente señalando al gestor que el “Contrato Marco” no se había formalizado.

En su respuesta a los Servicios de Inspección de fecha 20/11/2019, CAIXABANK manifestó que el “Contrato Marco” informa sobre todos los tratamientos derivados de la relación contractual.

CAIXABANK ha aportado a las actuaciones seis versiones del “Contrato Marco”, fechadas el 20/06/2016, 22/11/2016, 14/03/2017, 12/11/2018, 20/12/2018 y 17/09/2019.

Las tres primeras versiones aluden a la LOPD y no hacen referencia a cuestiones específicas reguladas en el RGPD, tales como la base jurídica del tratamiento (obligación legal, interés legítimo o consentimiento); derechos de supresión, limitación y portabilidad; derecho a presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos; existencia de un delegado de protección de datos y medios habilitados para contactar con el mismo. La versión 3ª constituía la información ofrecida por CAIXABANK a fecha 25/05/2018.

En su respuesta a los Servicios de Inspección de fecha 20/11/2019, CAIXABANK aportó copia del “Contrato Marco correspondiente a un cliente”, que aparece firmado con fecha 06/11/2019. Se comprueba que su contenido no coincide en su totalidad con ninguna de las seis versiones del

“Contrato Marco” aportadas por la propia entidad (versión 7).

En el apartado 1 del “Contrato Marco” constan los datos identificativos del cliente y su declaración de actividad económica. Entre otros datos, figuran los relativos a nombre, apellidos, identificador fiscal, fecha de nacimiento, nacionalidad, domicilio, estado civil, régimen matrimonial, datos de contacto, ingresos fijos y variables, entidad en la que presta servicio o ingresos brutos anuales.

La información que se facilita al interesado en este documento en relación con la protección de datos personales se estructura según la base jurídica que legitima el tratamiento de los datos, dedicando el apartado 7 a los tratamientos “basados en la ejecución de los contratos, obligaciones legales e interés legítimo y política de privacidad” (incluye un subapartado relativo al “tratamiento de datos biométricos en la firma electrónica de documentos”), y el apartado 8 al “tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CaixaBank y las empresas del grupo CaixaBank basados en el consentimiento”. Se añaden los apartados 9 “Ejercicio de derechos en materia de protección de datos” y 10 “Delegado de Protección de Datos”, así como un subapartado dedicado al “Plazo de conservación de los datos”, insertado en el apartado 11 referido a la duración, resolución y modificación del contrato.

Durante el proceso de contratación, el cliente debe manifestar los consentimientos para el tratamiento de datos personales que se solicitan al interesado en la cláusula 8, incorporándose las opciones seleccionadas por el cliente a la cabecera del documento, al apartado de datos personales y socioeconómicos. Los consentimientos solicitados al cliente se agrupan en las tres finalidades siguientes:

- “(i) los tratamientos de análisis y estudio de datos con finalidad comercial por CaixaBank y empresas del grupo CaixaBank
- (ii) los tratamientos para la oferta comercial de productos y servicios por CaixaBank y las empresas del grupo CaixaBank
- (iii) la cesión de datos a terceros”.

En relación con estos tres consentimientos, la Cláusula 8 indica: “Con la finalidad de poner a su disposición una oferta global de productos y servicios, su autorización a (i) los tratamientos de análisis y estudio de datos, y (ii) para la oferta comercial de productos y servicios, en caso de otorgarse, comprenderá a CaixaBank, y a las empresas del grupo CaixaBank detalladas en www.CaixaBank.es/empresasgrupo (las “empresas del Grupo CaixaBank”) quienes podrán compartirlos y utilizarlos con las finalidades indicadas”.

La copia del “Contrato Marco” aportado por CAIXABANK con su respuesta a los Servicios de Inspección de fecha 20/11/2019 (versión 7), que aparece fechado el 06/11/2019, contempla la prestación por el cliente de un cuarto consentimiento referido al tratamiento de datos biométricos. En el encabezamiento del documento aportado, en el epígrafe de “Autorizaciones para el tratamiento de datos” se indica: “Otras finalidades: Uso de datos biométricos con finalidad de verificación de la identidad y firma. Usted ha manifestado su aceptación y consentimiento”.

Se declara reproducido en este acto a efectos probatorios el contenido íntegro del “Contrato Marco”, en sus versiones de fechas 14/03/2017, 12/11/2018, 20/12/2018 y 17/09/2019, así como el contenido del “Contrato Marco” fechado el 06/11/2019 (versión 7). El contenido de la versión 4ª, fechada por CAIXABANK el 12/11/2018, así como las modificaciones introducidas posteriormente se incluye como Anexo I.

CUARTO: La formalización del formulario de recogida de datos personales y prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales denominado “Contrato Marco” tiene lugar durante el proceso de alta del cliente, que puede realizarse de forma presencial en oficinas o a través de canales digitales.

a) El proceso de alta en oficinas se realiza mediante una entrevista entre el cliente y el gestor. Durante



este proceso, el gestor debe cumplimentar la secuencia de pantallas dispuesta en el sistema incorporando la información (datos personales) facilitada por el cliente. Después de cumplimentar varias pantallas (en torno a quince), aparece la pantalla rotulada “Modificación de protección de datos de...”, cuya estructura es la siguiente:

“Alta consentimientos

Protección de datos CaixaBank (RGPD)

El cliente autoriza a CaixaBank a:

1. Utilizar sus datos para:

- . Efectuar estudios y seguimiento de la operativa
- . Gestionar las alertas de los productos que tiene contratados
- . Estudiar productos y servicios ajustados a su perfil del Grupo CaixaBank

Sí No

2. Participar en campañas promocionales y ofertas comerciales del Grupo CaixaBank mediante los canales

Sí

- Telemarketing
- Medios electrónicos como SMS, email y otros
- Publicidad postal
- Contactos comerciales de los gestores de la entidad

No

3. Ceder los datos del cliente a terceros

Sí No

(Aceptar) (Cancelar)”.

Para la prestación de estos consentimientos, durante esta entrevista el cliente responde verbalmente a las tres preguntas que le realiza el gestor sobre las finalidades indicadas, una de ellas desglosada en cuatro opciones, y éste incorpora las respuestas al sistema. Una vez finalizada la entrevista, se imprime en papel el “Contrato Marco” ya cumplimentado y se firma por el cliente.

En su respuesta a los Servicios de Inspección de 17/07/2018, CAIXABANK señala que, posteriormente, dotó a toda la red de oficinas de tabletas digitalizadoras, posibilitando que el “Contrato Marco” se firme, no en papel, sino en la propia tableta.

CAIXABANK, con su respuesta a la AEPD, de fecha 03/05/2019, aportó documentación referida a la formación impartida a sus empleados en la que se indica:

“En oficinas recogeremos el consentimiento de nuestros clientes en el contrato marco. En el proceso de alta de nuestro contrato marco, te aparecerá la pantalla siguiente que deberás cumplimentar de acuerdo con las respuestas del cliente.

(pantalla)

Tras haber cumplimentado esta pantalla y haberse firmado digitalmente el documento, el contrato marco que se imprimirá recogerá las preferencias de tu cliente en la cláusula 8”.

La operativa seguida en este proceso se modificó nuevamente, estableciendo un sistema de “pantalla compartida” para posibilitar que el cliente marcara las opciones seleccionadas por sí mismo en una tableta que el gestor pone a su disposición.

CAIXABANK con su escrito de 20/11/2019, remitido en respuesta a los requerimientos de información de los Servicios de Inspección de la AEPD aportó impresión de pantallas correspondientes al proceso de alta de un cliente. Después de avanzar unas quince pantallas, se muestra una pantalla con un mensaje para el gestor con la indicación “Según el Reglamento General de Protección de Datos, el cliente debe autorizar el uso de sus datos. A continuación debe entregar la tableta al cliente para que cumplimente los consentimientos”. Una vez el gestor pulsa el botón “Aceptar” en esa pantalla, se

muestran dos pantallas correspondientes a la recogida de consentimientos para el tratamiento de los datos personales, con el rótulo “Autorización/Revocación de consentimientos” y la indicación “Modo Tablet. Cliente”. El detalle es el siguiente:

“Protección de datos personales grupo Caixabank

Autorizo al grupo Caixabank a:

1. Utilizar mis datos para finalidades de estudio y perfilado:

Si lo autorizo, las ofertas que se me remitan estarán adaptadas a mi perfil

Sí, acepto que las ofertas sean en base a mi perfil

No

2. Recibir publicidad y ofertas comerciales

Si no lo autorizo, ni siquiera mi gestor podrá contactarme para informarme de productos de mi interés.

Sí, acepto recibir ofertas por los siguientes medios:

Telemarketing

Medios electrónicos como SMS, email y otros

Correo postal

Contactos comerciales por cualquier canal de mi gestor

No

3. Ceder mis datos a terceros con los que el grupo Caixabank tenga acuerdos:

Si lo autorizo, en el momento en el que se cedan mis datos, se me informará de qué tercero es el receptor de los datos y, si no estoy de acuerdo, podré revocar esta autorización

Sí, acepto ceder los datos a terceros

No

4. Uso de mis datos biométricos (imagen facial, huella dactilar, etc.) con la finalidad de verificar mi identidad y firma: Esta autorización se complementará en cada caso con el registro de los datos biométricos a utilizar en cada momento. Para poder verificar la identidad/firma de sus clientes, Caixabank utiliza métodos de reconocimiento biométrico como sistemas de reconocimiento facial, lectura de huella dactilar y similares. Actualmente, algunos de nuestros cajeros ya permiten realizar operaciones utilizando estos métodos.

Sí, acepto el uso de mis datos biométricos

No

Las preferencias que aquí ha indicado quedarán recogidas en la primera página de su contrato marco”.

Una vez marcadas las opciones, en la parte final de la pantalla se incluyen los botones “Aceptar” y “Cancelar”. Al pulsar el primero se ofrece el mensaje “Sus consentimientos se han indicado. Gracias por su colaboración. Por favor devuelva la Tablet a su gestor”. En esta misma pantalla si incluyen casillas para que el gestor introduzca su clave de empleado y contraseña y un botón “Aceptar”.

Las pantallas “Modo Tablet. Cliente” no contienen ningún enlace a la información en materia de protección de datos personales contenida en el “Contrato Marco”.

En relación con este proceso, no se aportó ninguna pantalla relativa a la consolidación del documento y su firma por el cliente.

b) El proceso de alta del cliente a través del portal web de CAIXABANK y aplicación móvil (la aplicación dirige al interesado a la aplicación web), incluye un paso que muestra una pantalla mediante la que se recaban los consentimientos para el tratamiento de los datos con finalidades comerciales. La pantalla muestra las opciones siguientes:

<<Gestiona tus datos (i)

¿Quieres enterarte de nuestras novedades de manera personalizada?

Tratamiento de tus datos para recibir un servicio personalizado del Grupo Caixabank

Tratamiento de tus datos con finalidades de análisis, estudio y seguimiento sobre la oferta y diseño de

productos y servicios adaptados al perfil de cliente por Caixabank y empresas del Grupo Caixabank.

Más información

No Si

Tratamientos de tus datos para recibir ofertas de productos y servicios de Caixabank

Tratamiento de tus datos para la oferta comercial de productos y servicios de Caixabank y empresas del Grupo Caixabank

Más información

No Si

Cesión de tus datos a terceros con los que Caixabank y empresas del Grupo Caixabank tengan acuerdos

Tratamiento de tus datos por terceros con los que Caixabank y empresas del Grupo Caixabank tengan acuerdos, para recibir ofertas de productos y servicios de dichos terceros.

Más información

No Si

(Continuar)>>

Durante este proceso de prestación del consentimiento se posibilita el acceso por parte del cliente a la cláusula 8 del "Contrato Marco2. Al final del proceso se muestra el "Contrato Marco" con el resumen de los consentimientos otorgados y el clausulado, para su firma por el cliente ("Ver y descargar contrato marco"). Se incluye una casilla para marcar "He leído y acepto el contrato" y los botones "Anterior" y "Continuar".

En la inspección realizada a CAIXABANK en fecha 28/11/2019, se verificó la descarga completa del "Contrato Marco" y que, una vez seleccionada la casilla de aceptación del contrato, se procede a la firma mediante un código numérico enviado al teléfono móvil proporcionado por el cliente.

QUINTO: Según informó CAIXABANK a los Servicios de Inspección en su respuesta de 17/07/2018, esta entidad también recaba el consentimiento de sus clientes para el tratamiento de datos con "finalidades comerciales" y cesión de datos a terceros, mediante el documento rotulado como "Autorización para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del grupo CaixaBank", que CAIXABANK denomina "Contrato de Consentimientos" y que también se utiliza para modificarlos en momentos posteriores al proceso de alta.

a) El proceso de formalización de este documento en oficina es similar al del "Contrato Marco" y ha seguido la misma evolución en el tiempo (impresión y firma del documento, firma digital y "Modo Tablet"), pero suscribiéndose un documento que solo recoge los extremos señalados.

Mediante este documento se ha dispuesto la prestación de consentimiento de forma separada para las mismas finalidades que se citan en el "Contrato Marco". El sistema muestra la pantalla habilitada para que el gestor registre la revocación bajo el rótulo "Modificación de protección de datos", cuya estructura es similar a la mostrada para la prestación del consentimiento durante el proceso de alta de los clientes, incluida la incorporación del cuarto consentimiento que se solicita al cliente en relación con el tratamiento de los datos biométricos, verificada en la inspección realizada en fecha 28/11/2019.

De este "Contrato de consentimientos" constan incorporadas a las actuaciones tres versiones (la aportada por el reclamante en fecha 24/01/2018, reseñada en el Hecho Primero -Versión 1; la aportada por CAIXABANK en fecha 10/07/2018, reseñada en el Hecho Segundo y transcrita en Anexo II -Versión 2; y la adjunta al Acta de Inspección de fecha 28/11/2019, reseñada en el Hecho Cuarto, Versión 3 (se incluyen igualmente en Anexo II las diferencias de esta Versión 3 respecto de la versión 2).

En la versión 3 del documento, la aportada durante la inspección de 28/11/2019, en la denominación del documento se añade el término "revocación" y queda "Autorización/revocación para el tratamiento

de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.S. y empresas del grupo CaixaBank”.

La información ofrecida en el “Contrato de Consentimientos” en materia de protección de datos personales coincide, casi literalmente, con la cláusula 8 del “Contrato Marco”.

b) El proceso para revocar los consentimientos a través del espacio privado del cliente en la web de CAIXABANK muestra una pantalla con la estructura siguiente:

<<Autorizaciones con finalidades comerciales

Modificación

A continuación podrás modificar el tratamiento que realiza Caixabank sobre tu información

Acepto el trato de mis datos para efectuar seguimiento y estudio de alertas de mis productos contratados, estudios y servicios ajustados a mi perfil. Ver detalle Cláusula 8

Acepto No acepto

Acepto que Caixabank contacte conmigo para conocer aquellas ofertas de productos y servicios, así como promociones y ofertas que puedan resultar de mi interés. Ver detalle Cláusula 8

Acepto No acepto

Indique si Caixabank puede ponerse en contacto contigo de alguna de las siguientes maneras

A través de mi gestor (oficina)

Mediante comunicaciones postales

Por email, SMS y otros canales electrónicos

Por telemarketing

Acepto que se compartan mis datos con empresas con las que Caixabank haya firmado acuerdos con la finalidad de poder recibir ofertas de productos y servicios de estas empresas. Ver detalle Cláusula 8

Acepto No acepto>>

Durante este proceso se posibilita el acceso por parte del cliente a la información contenida en la cláusula 8 del “Contrato Marco”. Una vez marcadas las opciones, se muestra al cliente un resumen con los consentimientos otorgados (“Operación todavía no finalizada, Compruebe los datos y confirme la operación”) y se pone a su disposición el contrato que recoge un resumen de esos consentimientos (“Lee detenidamente el contrato. Confirme la operación”).

c) En el entorno de la aplicación móvil de CaixaBank Now, el cliente puede acceder a “Configuración – Ejercicio de derechos” y es redirigido al portal Web.

d) CAIXABANK informó a los Servicios de Inspección, en su respuesta de 17/07/2018, que el cliente puede revocar los consentimientos mediante el uso de formularios disponibles en el portal web corporativo de CAIXABANK (indica que permite revocar el consentimiento para cualquier empresa del Grupo) o en el portal web de cada una de las empresas del Grupo (al acceder a la página correspondiente a la entidad de que se trate, el cliente es dirigido a una pantalla común a todas). Se ofrece la posibilidad de marcar tres casillas con el detalle siguiente:

“() No deseo recibir un servicio personalizado del Grupo CaixaBank (tratamiento de datos con finalidades de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y el diseño de productos y servicios ajustados a su perfil por parte de CaixaBank y empresas del grupo CaixaBank)

() No deseo recibir ofertas de productos y servicios personalizados de CaixaBank y empresas del grupo CaixaBank

() No deseo que mis datos sean comunicados para finalidades comerciales propias de terceros con los que CaixaBank tenga acuerdos”.

d) Revocación del consentimiento a través del servicio de atención telefónica: los Call Centers tienen a su disposición una herramienta que le permite atender la revocación de los consentimientos. La estructura que muestra la citada herramienta para la revocación de los consentimientos es similar a la indicada para el proceso de alta de clientes en oficina (“Alta de consentimientos”).

CAIXABANK, en su respuesta de 03/05/2019 al traslado de la reclamación formulada por FACUA, informó a esta Agencia que la revocación de los consentimientos tiene efectos para todas las empresas del Grupo y que puede ser ejercitada ante cualquiera de ellas, por cualquiera de los canales propios de cada una.

Según CAIXABANK, estas solicitudes de revocación o modificación de consentimientos quedan registradas y son remitidas a un servicio centralizado de atención de derechos, que se encarga de darles el trámite correspondiente.

Se declara reproducido en este acto a efectos probatorios el contenido íntegro del “Contrato de Consentimientos”, en todas sus versiones (el contenido de la versión 2 y las diferencias de la versión 3 respecto de la 2 se incluyen como Anexo II).

SEXTO: El apartado 7 del “Contrato Marco” contiene una referencia a la política de privacidad de CAIXABANK, accesible a través de la web de la entidad (“Usted puede encontrar información complementaria a la que se le facilita en el presente contrato, relativa al tratamientos de sus datos de carácter personal en www.CaixaBank.com/privacidad”).

El documento “Política de Privacidad”, con trece apartados, informa de modo genérico sobre la identidad del responsable (sin hacer referencia a la existencia de un “repositorio común” a CAIXABANK y las empresas del Grupo), datos recabados, información obtenida de navegación por la web y aplicaciones móviles, finalidades, base jurídica que ampara los tratamientos de datos, seguridad, conservación de datos, cesiones, transferencias internacionales, delegado de protección de datos y derechos del interesado. Interesa destacar que esta “Política de Privacidad”, al referirse a los usos basados en el consentimiento, advierte al interesado que podrá utilizar “todos los datos que tenemos sobre ti”; y en el apartado “¿A quién se comunican mis datos?” se informa sobre el intercambio de información con empresas del Grupo CaixaBank.

En su respuesta a los Servicios de Inspección de fecha 20/11/2019, CAIXABANK informó a esta Agencia que dicha política de privacidad tiene la finalidad de complementar la información facilitada a los clientes mediante el “Contrato Marco” entre junio de 2016 y mayo de 2018; y dar información completa a los clientes que en mayo de 2018 no hubieran firmado el “Contrato Marco”. Así, desde mayo de 2018 distingue dos situaciones:

- . Todos los clientes preexistentes han firmado un contrato marco o han recibido la Política de Privacidad (además de tenerla a su disposición en la web de la entidad).
- . Todos los nuevos clientes, en su primera relación con la entidad, suscriben un “Contrato Marco”, en el que se incluye toda la información del artículo 13 del RGPD.

Se declara reproducido en este acto, a efectos probatorios, el contenido íntegro de la Política de Privacidad accesible a través de la web de CAIXABANK.

SÉPTIMO: El “Contrato Marco”, en su apartado 8, detalla los datos personales utilizados con las finalidades descritas en ese mismo apartado. Entre ellos se mencionan “los datos obtenidos de redes sociales que el firmante autorice a consultar”. Se accede desde el área personal de la banca online y se especifica la red para la que se consiente el acceso (Facebook, Twitter y LinkedIn). En una caja se incluye un texto con la indicación “Información sobre el tratamiento de datos de carácter personal y comunicaciones comerciales”; y un botón con el texto “Aceptar y continuar”. Con esta sola acción, el

cliente presta su consentimiento a la recogida de los datos personales que se mencionan en esa información y a los tratamientos que se detallan.

Esta información se declara reproducida en este acto a efectos probatorios (consta reseñada íntegramente en Anexo III):

OCTAVO: El apartado 8 del “Contrato Marco” detalla los datos personales utilizados con las finalidades descritas en ese mismo apartado. Entre los datos utilizados con esas finalidades se mencionan “los datos obtenidos de terceras entidades como resultado de solicitudes de agregación de datos solicitadas por el firmante”. Dicha solicitud se formaliza mediante la suscripción por el cliente del denominado Contrato de Servicio de Agregación.

Este servicio permite agregar la información de los productos que tenga contratados con otras entidades (posiciones y movimientos de cuentas y tarjetas) y disponer así de una visión global de todas las posiciones, alertas sobre recibos, vencimientos, etc., pero no operar sobre los productos de las entidades agregadas. El cliente agrega o elimina entidades a su voluntad, pero solo entre las incorporadas al servicio.

El proceso de solicitud del servicio de agregación se sigue a través de la web de CAIXABANK. Después de seleccionar la entidad que pretende añadir al servicio y de introducir los datos que el cliente utiliza para acceder online a la entidad seleccionada (claves de acceso), el proceso requiere la aceptación de los términos y condiciones del servicio.

“Por una parte Caixabank, S.A. y por otra las personas cuyas circunstancias y representación se especifican más adelante, acuerdan la formalización de las relaciones contractuales que se expresan, a tenor de las siguientes condiciones:

Datos del contratante

Nombre y apellidos

Número de documento”.

(enlace a un documento en formato pdf. con la indicación “Versión para imprimir o guardar”).

(enlace para la descarga del programa Acrobat Reader, con la indicación “Si no dispones del programa..., puedes descargar Acrobat Reader”)

(Botón “Aceptar y continuar”)

Seguidamente, el proceso requiere la confirmación de la operación mediante la introducción de una clave. No incluye, en cambio, ninguna verificación que deje constancia sobre la lectura del documento “Términos y condiciones del servicio”.

Se declara reproducido en este acto, a efectos probatorios, el clausulado completo del Contrato de servicio de agregación (consta reseñado íntegramente en Anexo IV).

NOVENO: En su respuesta a los Servicios de Inspección de esta Agencia, de 16/05/2018, CAIXABANK manifestó que, con ocasión de los cambios que conllevó la adaptación al RGPD, en 2016 dispuso que los consentimientos de los clientes para el tratamiento de sus datos personales con “finalidad comercial” se recabarían a nivel de “grupo”, de manera conjunta para todas las sociedades del “grupo”.

La versión 2 del documento “Contrato de Consentimientos” hace referencia a un “repositorio común” de datos personales en la indicación “Para ello, sus datos se gestionarán desde un repositorio común de información de las empresas del Grupo CaixaBank. Los datos que se incorporarán a este repositorio común serán...” (esta mención al “repositorio común” en la presentación del citado documento desaparece en la versión 3ª del mismo).

CAIXABANK informó que, en realidad no existe ese “repositorio común” de información, sino un conjunto de diez repositorios individuales coordinados entre sí que “almacena” toda la información de los clientes; y un “repositorio común de consentimientos”, que almacena las autorizaciones para tratamientos comerciales otorgadas por los clientes a las empresas del Grupo, permitiendo que un

cliente revoque el consentimiento desde cualquier empresa del Grupo, y a la inversa, con efectos automáticamente para todas ellas.

Según CAIXABANK, el funcionamiento real del “repositorio común” es que cada empresa del Grupo alberga su propia información relativa a datos personales, que se comparten entre empresas para tratamientos específicos, siendo CAIXABANK la entidad que centraliza el uso de los datos y la publicidad emitida”.

TERCERO: Con fecha 08/02/2021, dentro del plazo establecido, se ha interpuesto recurso de reposición por la entidad CAIXABANK, S.A. (en lo sucesivo CAIXABANK, la reclamada o la recurrente) contra la resolución reseñada en el Antecedente Primero, de fecha 05/01/2021, en el que, después de dar por reproducidas la información y documentación aportadas durante la tramitación del procedimiento que dio lugar a dicha resolución y de señalar que su recurso pone de manifiesto posiciones discrepantes en un ánimo de colaboración con la AEPD, solicita que se declare la nulidad de aquella resolución conforme a las consideraciones siguientes:

1. Estricta sujeción de CAIXABANK al marco normativo, respeto absoluto por las indicaciones impartidas por la AEPD y voluntad de cooperación con esta entidad, manifestada con especial intensidad a raíz de la promulgación del RGPD y su normativa de desarrollo en España, habiendo adoptado todas las medidas internas necesarias para la implementación de los cambios exigibles (protocolos internos de actuación en actualización continua, auditorías internas, adecuación de los sistemas informáticos, adaptación de formularios, formación a empleados, elaboración de guías operativas, seguimiento estadístico de la atención de asuntos, etc.).

2. Según se señaló en las alegaciones a la propuesta de resolución, la AEPD ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia y el principio de objetividad (artículos 24.2, 103. 1 y 3 Constitución Española, artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP- y el artículo 6.1 del CEDH) cuando, antes siquiera de haber recibido las alegaciones al acuerdo de inicio, el 03/03/2020, la Directora de la Agencia manifestaba en un acto público que “Tenemos ya dos o tres procedimientos sancionadores de alto impacto que van a tener mucha repercusión mediática en relación con el sector financiero, serán las primeras multas cuantitativas importantes por parte de la Agencia”. Es decir, quien resuelve y de quien depende jerárquicamente el instructor del procedimiento, tenía la decisión tomada incluso antes de tener a su alcance todos los elementos probatorios.

Considera CAIXABANK que la falta de recusación de la máxima autoridad de la AEPD no desvirtúa esa falta de imparcialidad y consecuente objetividad. Añade que la AEPD destaca, como criterio de objetividad, que la sanción se ha rebajado como consecuencia de las Alegaciones, si bien ello se debe a la falta total de prueba.

3. Quiebra de los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional (artículo 3 de la LRJSP), que resulta del convencimiento de CAIXABANK de estar actuando correctamente, después de haber remitido a la AEPD, hace cuatro años, toda la información por la que ahora se sanciona con la multa de mayor cuantía impuesta hasta el momento (2.000.000 de euros por la infracción de los artículo 13 y 14 del RGPD), recibiendo de contrario varios comentarios telefónicos que fueron implementados y dos negativas a comentarlo presencialmente en una reunión.

Considera CAIXABANK que los formalismos que expone la Agencia en la resolución (que no

se ha seguido el canal formalmente previsto o que el RGPD no prevé este tipo de consultas) no desmerecen sus alegaciones y que existen signos externos sobre la influencia de estos hechos en su comportamiento, cuando la propia AEPD solicitó expresamente el texto de las cláusulas en formato de impresión y ha tenido dicha documentación durante años por petición proactiva de CAIXABANK sin mostrar interés o queja alguna por su contenido.

Seguidamente, la recurrente reproduce unas nuevas declaraciones de la persona encargada de dictar resolución, que aparecieron en el Diario Confitegal el pasado 28/01/2021 (*“Mar España, directora de la AEPD, cree que las grandes empresas deben perder el miedo y consultar para evitar sanciones elevadas”*), y señala que, en su caso, en lugar de un ámbito de consulta y colaboración lo que realmente se ofrece es un expediente sancionador con sanciones desproporcionadas.

4. Indefensión generada a CAIXABANK por la extensión artificial y antijurídica de las actuaciones previas, ignorando su caducidad.

La AEPD abrió unas actuaciones previas que caducaron, se abrieron unas segundas, incorporando el contenido de las primeras y después se abrió un expediente sancionador sobre los hechos investigados en ambas actuaciones previas. En total, la AEPD ha dedicado 3 años de instrucción, incorporando *“en bloque”* al procedimiento las actuaciones caducadas y obtenidas sin garantías, lo que ha generado una absoluta indefensión y persecución a CAIXABANK.

La utilización por la AEPD de las actuaciones previas como un procedimiento sancionador, sin las garantías que todo procedimiento sancionador debe tener, produce desviación de poder.

Finalmente, considerando el verdadero inicio de la actividad instructora de la AEPD (años atrás desde las primeras actuaciones previas), el propio expediente sancionador del Procedimiento Sancionador ha caducado.

Discute el mal uso de las actuaciones previas y señala que la Agencia se limita básicamente a negar las alegaciones y la falta de prueba por parte de CAIXABANK, meridianamente claras a este respecto, y a relatar los hechos y distintos procedimientos e instrucciones concatenadas, que ponen de manifiesto el artificioso entramado de instrucciones e investigaciones que se han llevado a cabo para mantener vivo un procedimiento de años de antigüedad.

5. CAIXABANK ha informado a los interesados en los términos previstos en los artículos 13 y 14 RGPD, y éstos lo han entendido.

Manifiesta que ha proporcionado a sus clientes debida y completamente la información requerida por la normativa, sin perjuicio de que algunos extremos pudieran ser, según el criterio de la AEPD, *“mejorables”*.

a) No es cierto que se ofrezca información no uniforme a los clientes.

La Resolución señala que la información ofrecida a los clientes no es uniforme y que no se ofrece de la misma manera a todos los clientes y en todas las situaciones, pero parte de un reducido e incidental número de casos, cuando la regla general es la firma del “Contrato Marco” (más del 95% de los clientes lo tienen firmado). El hecho de que algunos clientes hayan firmado únicamente el “Contrato de Consentimientos”, y no el “Contrato Marco”, no

supone ninguna merma de información ni confusión en la información facilitada, ya que se ha proporcionado la información completa mediante la política de privacidad, cuya información coincide con la reflejada en el “Contrato Marco” y es común para todos.

Las mínimas divergencias de información que puedan encontrarse entre los diferentes documentos se deben únicamente al proceso de actualización de tales documentos, que conocía la Agencia, en ocasiones, precisamente para adaptarlos al RGPD, siendo en todo caso algo puramente temporal.

En todo caso, debe la Agencia valorar positivamente el proceso de mejora que ha llevado a cabo CAIXABANK, que ha conseguido una absoluta coherencia de todos los documentos, como se explicó detalladamente en las alegaciones a la propuesta de resolución. Dicha armonización no implica falta de información o transparencia, sino una actitud diligente y proactiva y un afán de mejora continua por parte de CAIXABANK.

b) No es cierto que se emplee una terminología imprecisa con formulaciones vagas, ni que se genere confusión alguna sobre los tratamientos de datos basados en la relación contractual, ni sobre las finalidades a que se destinarán los datos personales de los clientes y la base jurídica del tratamiento. Confusión de bases jurídicas.

Sobre esta cuestión, reitera que la AEPD no ha probado de forma alguna (salvo con meras afirmaciones y referencias a Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (“GT29”)) que los clientes no hayan comprendido la información, mientras que las encuestas e informes aportados con sus alegaciones a la propuesta de resolución, elaborados por expertos externos, permitieron concluir que los clientes entendían qué tratamientos se realizan para la ejecución del contrato y cuales con finalidades comerciales, así como las distintas bases legales. Además, se tomaron medidas adicionales (como la ya explicada regla del “NO es NO”) para evitar cualquier posible consecuencia indeseada para aquellos remotos casos en los que un sujeto no tenga claro la información facilitada en materia de protección de datos.

Por mucho que la AEPD trate en la Resolución de desacreditar las encuestas e informes aportados, cuestionando las preguntas realizadas, los aspectos tratados y la metodología de los mismos, no existe prueba en contrario. Añade que se ha visto obligada a asumir una inaceptable inversión de la carga de la prueba.

Asimismo, con respecto a los contratos de redes sociales y de agregación, la AEPD parece no comprender ni el objeto de los mismos ni su situación con respecto al “Contrato Marco”, quedando patente tal desconocimiento cuando alega que las entidades que prestan un servicio de agregación legalmente reglado parecen tener por objeto obtener datos personales y no prestar un servicio.

c) Se informa sobre las categorías de datos tratados, incluso en casos en los que no es obligatorio, y los intereses legítimos de CAIXABANK.

La información sobre las categorías de datos no puede considerarse insuficiente. Al contrario, CAIXABANK informa de las categorías de datos personales en casos en los que no viene obligada a hacerlo, como ocurre en relación con los tratamientos basados en el consentimiento e interés legítimo. Únicamente el artículo 14 RGPD exige proporcionar a los interesados esta información de forma obligatoria, cuando los datos no se obtienen directamente del interesado, por lo que se pretende imponer obligaciones que no establece la

propia normativa aplicable y estándares superiores a los exigibles.

Respecto al cumplimiento por parte de CAIXABANK del artículo 14 RGPD, nos remitimos a lo ya expuesto en las Alegaciones. Quizás la información podría ser mejorable en relación con su presentación (si se atiende al criterio de la Agencia, aunque este resulte difuso en la Resolución al no concretar qué se espera que haga CAIXABANK), pero en ningún caso la misma era incompleta o incomprensible.

d) No existe falta de información sobre la elaboración de perfiles, tipos de perfiles, los usos específicos de los mismos y el derecho de oposición del interesado. A este respecto, damos por reproducidas las argumentaciones contenidas en las Alegaciones.

Además, se debe valorar positivamente que CAIXABANK haya clarificado y especificado en la Nueva Política de Privacidad –ya facilitada en el seno del Procedimiento– los tratamientos que conllevan perfilado para evitar que el concepto sea malinterpretado por un “cliente común”.

e) No existe una falta de información sobre los plazos de conservación y el ejercicio de derechos.

Alega nuevamente al respecto que se trata de discordancias menores debidas a la normal evolución de la documentación contractual, que han sido clarificadas en la Nueva Política de Privacidad y en el Nuevo Contrato Marco, ya facilitado.

6. Hay base jurídica para los tratamientos y los consentimientos se obtienen de manera lícita.

a) Los consentimientos cumplen todos los requisitos legalmente establecidos, según la interpretación del Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”, antiguo GT29). Los consentimientos son:

- Libres: La AEPD argumenta que el consentimiento no puede considerarse libre debido al intercambio de información que CAIXABANK realiza con las entidades que integran el Grupo CaixaBank, pero no se produce tal cesión, sino que existe una corresponsabilidad entre las compañías del Grupo CaixaBank;

- Específicos: se separan y desglosan específicamente las actividades que se realizan al amparo de tales consentimientos, como ya se explicó sucintamente en las alegaciones;

- Informados: pese a que la información fuera mejorable, la información proporcionada contenía todo lo que la normativa obliga a proporcionar y se considera necesario para que cualquier cliente sea plenamente consciente e informado de a qué consiente. Incluso si no se facilitara la información prevista en los arts. 13 y 14 del RGPD (quod non), el consentimiento sería válido (en línea con las recientes Directrices 5/2020 sobre el consentimiento); e

- Inequívocos: El interesado debe realizar un acto afirmativo para que se entienda su consentimiento como otorgado.

Además, reitera que hay tratamientos sobre los que se solicita el consentimiento sin que, en la práctica, se lleven a cabo. Elemento que tampoco la AEPD tiene en cuenta en la resolución

y en las sanciones impuestas en la misma.

b) Contrato de redes sociales y de agregación.

El contrato de redes sociales se trató de un proyecto de corta duración que acabó dándose de baja, lo que no ha sido considerado por la Agencia, la cual también olvida que la firma de este contrato es complementaria al “Contrato Marco”, mediante el que se obtienen los consentimientos para las *“finalidades comerciales”*.

No es cierta la afirmación contenida en la resolución, según la cual *“el servicio de agregación más bien parece que estaba diseñado para la recogida de información por la entidad responsable”*. Esta afirmación denota un absoluto desconocimiento acerca de dicha tipología de contratos.

Las bases legitimadoras previstas en el “Contrato Marco” y en la “Política de Privacidad” son las que amparan los tratamientos de datos personales relativos a servicios contratados por los clientes, con los matices propios de dicho contrato de agregación, respetando tanto la normativa financiera como la de protección de datos.

c) No hay cesión ilícita de datos a empresas del grupo: hay corresponsabilidad.

Considera errónea la conclusión sobre la existencia de cesiones ilícitas de datos en el marco del grupo y se remite, a este respecto, a los párrafos 70 y ss. de las alegaciones a la propuesta de resolución.

Reitera que CAIXABANK es el Grupo CaixaBank y que se establece un régimen de corresponsabilidad transparente para los interesados, tanto a nivel regulatorio como comercial. se trata de una realidad, una situación de facto que no pueden acordar las partes, que viene existiendo desde mucho antes de las alegaciones a la propuesta de resolución, como parece insinuar la AEPD en la Resolución. Simplemente, la relación existente entre CAIXABANK y las compañías del Grupo CaixaBank, es, y ha sido siempre, de corresponsabilidad.

La AEPD, contra el propio espíritu del RGPD, recurre a formalismos que no cambian el hecho de que el Grupo CaixaBank, y las entidades que lo componen, participan conjuntamente en la toma de decisiones sobre los fines y medios de los tratamientos objeto de la corresponsabilidad.

La AEPD parece ignorar la prueba formal facilitada, el acuerdo aportado, en el que se indican los tratamientos afectados por la corresponsabilidad, las funciones de cada entidad con respecto a las obligaciones, se nombra un coordinador en función del tratamiento, etc., y, sin fundamento probatorio alguno y a pesar de las pruebas facilitadas, afirma que no existe régimen de corresponsabilidad. Sin prueba alguna llega a una conclusión que se enfrenta a la lógica intrínseca del RGPD al definir las figuras de responsable, encargado y corresponsable.

Sin embargo, como recuerda el párrafo 49 de las Directrices 07/2020 sobre los conceptos del responsable y el encargado en el RGPD del CEPD (las “Directrices”), la consideración acerca de la corresponsabilidad se debe llevar a cabo bajo un análisis de hechos –y no de aspectos formales– en relación con la influencia real sobre los fines y medios del tratamiento. La normativa de protección de datos tanto de la UE como la española siempre han partido de la realidad acerca del poder de decisión sobre los medios y fines para determinar quién es

responsable, quién es encargado y, más recientemente, quién es corresponsable. La AEPD no puede afirmar sin prueba alguna que este no es el caso, más aún cuando CAIXABANK sí ha aportado evidencias (que no han sido refutadas por la AEPD). La clave es la participación conjunta en la determinación de los fines y medios del tratamiento, ya sea por la toma de decisiones en común, o por que estas sean convergentes, tal y como lo señalan las Directrices (véanse los párrafos 51 y ss. de las mismas). Esta participación conjunta de todos los miembros del Grupo CaixaBank en cuanto a las “*finalidades comerciales*” queda reflejada en:

- Los equipos de CAIXABANK se reúnen con representantes de las distintas entidades del Grupo para establecer cómo, cuándo y en qué medida impactar a los interesados. CAIXABANK no toma estas decisiones por sí mismo, sino que los tratamientos con fines comerciales se llevan a cabo de forma consensuada y tras una puesta en común con el objeto de evitar saturar a los clientes, duplicidades o sobre-impactarles.
- CAIXABANK, como cabeza del Grupo, tiene un gran poder de decisión acerca de los medios del tratamiento, pero entabla contratos con las distintas entidades en los que se establecen claros límites sobre la forma de tratar los datos personales y para qué fines. De nuevo, no estamos ante entidades que operan como células independientes, sino ante un organismo donde se toman decisiones en común acerca de los tratamientos que se llevan a cabo.
- No hace falta destacar las sinergias que se producen en un grupo de sociedades desde un punto de vista comercial y, sobre todo, el fin común de todas las entidades del Grupo CaixaBank de maximizar el beneficio de todas sus entidades y, en su conjunto, de todo el Grupo. Estos tratamientos no se producen, con tal grado de cooperación y coparticipación, entre entidades que no forman parte del Grupo (sin perjuicio de que la corresponsabilidad no derive exclusivamente del hecho de pertenecer al mismo grupo).

Como es lógico, y de ahí la importancia del acuerdo de corresponsabilidad, no todas las entidades del Grupo CaixaBank tienen la misma participación o responsabilidad, sino que cada entidad se relaciona con CAIXABANK de forma distinta según sus productos y servicios y, en consecuencia, los tratamientos con fines comerciales se adaptan a cada una de estas relaciones. Esto, como recuerda el párrafo 56 de las Directrices, no socava en forma alguna la corresponsabilidad. La AEPD niega el poder decisorio de todas las entidades partícipes sin realizar el más mínimo análisis acerca de la operativa del Grupo CaixaBank y la participación de todas sus entidades en relación con los tratamientos objeto de la corresponsabilidad.

A efectos aclaratorios, cabe mencionar que la AEPD parece interpretar que todos los tratamientos relativos al “Contrato Marco” caen en el paraguas de la corresponsabilidad. Esto no es así, como se indica en el Nuevo Contrato Marco, en la Nueva Política de Privacidad y en el contrato de corresponsabilidad facilitado a esta Agencia. Por este motivo, el hecho de que haya tratamientos -incluso aquellos que “*vinculan a cada empresa con el cliente se encuentra regulado expresamente en una norma*” a los que la AEPD se refiere- en los que CAIXABANK y las entidades del Grupo actúan como responsables independientes no quita que otros tratamientos sean objeto de corresponsabilidad.

Por último, la AEPD cita desacertadamente y con mala fortuna el siguiente ejemplo de las Directrices para negar la corresponsabilidad “*operaciones de marketing en un grupo de empresas que utilizan una base de datos compartida*”, seguramente tentada por su título. En dicho ejemplo se parte de la falta de cooperación y la independencia absoluta (y casi poco realista) de las entidades de un grupo, donde la matriz es una mera “*alojadora*” de los datos,

sin tomar decisión alguna y actuando como encargado del tratamiento del resto. Sin embargo, la realidad del Grupo CaixaBank no puede estar más alejada de la situación descrita en dicho ejemplo. CAIXABANK ni es un prestador de servicios de cloud del Grupo CaixaBank, ni una marioneta de las entidades del Grupo. Como ya se ha indicado, participa de forma activa en la toma de decisiones relativas a los fines y medios del tratamiento, junto con el resto de las entidades y de tú a tú. Por ello, no cabe la comparación con el ejemplo citado como argumento, a mayor abundamiento, y no solo por su imprecisión, sino porque refleja una falta de entendimiento de la operativa del propio Grupo CaixaBank.

Como ya se ha explicado a lo largo del procedimiento, la corresponsabilidad es una figura nueva acerca de la cual no se han publicado directrices hasta hace poco (el año pasado), lo que justifica que, sin perjuicio de que esta realidad y codecisión se haya estado produciendo a lo largo de los últimos años, no se haya informado de forma directa a los individuos para evitar la falta de claridad e incertidumbre jurídica que puede suponer esta figura. Es decir, la AEPD puede tratar de achacar la falta de transparencia e información (quod non) o cuestionar la legitimidad del tratamiento por CAIXABANK (quod non); pero la afirmación categórica y sin falta de prueba acerca de la inexistencia de corresponsabilidad carece de todo apoyo jurídico.

En conclusión, ni se producen cesiones de datos en los términos previstos en el RGPD, ni la corresponsabilidad requiere de un consentimiento separado (en el marco de las “*finalidades comerciales*”) en tanto que es una situación de hecho (no es algo pactable ni requiere de base legal bajo el artículo 6 RGPD para concurrir).

7. Indeterminación del requerimiento hecho en virtud del apartado cuarto de la parte dispositiva. Inseguridad jurídica.

La Agencia requiere a CAIXABANK para que adecúe a la normativa las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales, pero sin concretar el alcance de este requerimiento, más allá de una referencia genérica a lo “*expresado en los Fundamentos de Derecho del presente acto*”. Esta indeterminación da lugar a una situación de inseguridad jurídica para CAIXABANK, que de manera reiterada había intentado obtener la ayuda de la Agencia para asegurarse de que las acciones que estaba llevando a cabo eran conformes a la normativa sobre protección de datos, tal y como se ha expresado anteriormente.

Además, si procede a realizar cambios no tendrá certidumbre sobre si tales cambios son los esperados por la Agencia.

8. Se han aplicado agravantes que no atienden a la realidad.

La Agencia obvia que se ha producido una sola reclamación por parte de los clientes, de manera que el volumen de reclamaciones es ínfimo. En cambio, si CAIXABANK se viera obligada a realizar cambios, los clientes personas físicas sí se verían afectados.

Además, la Agencia también afirma que CAIXABANK “*no ha cuidado que en los tratamientos de datos se utilicen exclusivamente los datos necesarios en razón al fin pretendido*”, mencionando los artículos 25 y 32, sin que se haya producido tal tratamiento ilícito de los datos personales.

9. Proporcionalidad y graduación de las sanciones. desproporción de la sanción impuesta.

Subsidiariamente, nos reiteramos en nuestros argumentos indicados en las Alegaciones sobre la proporcionalidad y graduación de las sanciones impuestas. Entendemos que resultarían de aplicación al presente caso los criterios de valoración de las sanciones señalados en el artículo 83.2 RGPD (en calidad de atenuantes), entre otros, los descritos en la alegación séptima de las Alegaciones a la Propuesta de Resolución.

Considera necesario resaltar, en particular, como la AEPD ignora por completo y desprecia todas las medidas tomadas para paliar los posibles daños y perjuicios sufridos (incluida la nueva documentación señalada y explicada en la alegación sexta de las Alegaciones a la Propuesta de Resolución) en los términos previstos en el artículo 83.2.c) del RGPD, así como el grado de cooperación con la AEPD (en línea con el artículo 83.2.f) del RGPD), cuando la disponibilidad de esta parte ha sido absoluta (a lo largo de los últimos 4 años, en lo que respecta a este procedimiento). La AEPD sanciona y castiga todos los intentos de la entidad de cooperar.

La AEPD niega las alegaciones realizadas, no tiene en cuenta los atenuantes, la corresponsabilidad o la falta de pruebas aportadas por su parte, e impone una sanción sin precedentes a la par que desproporcionada. El hecho de que esté dentro de los rangos legales (que bajo el RGPD son especialmente amplios) no desmerece la desproporción y falta de adecuación de la Resolución. Además, la AEPD insiste en negar el uso del apercibimiento, proporcionado y propio para este tipo de procedimientos, señalando que está pensado para personas físicas cuando, en el pasado, ella misma lo ha utilizado con personas jurídicas.

En definitiva, la multa de dos millones de euros (2.000.000 €) por una infracción que no se considera ni grave ni muy grave, y tampoco supone una vulneración sustancial de los artículos 13 y 14 del RGPD, se sanciona con una cuantía similar a la de una sanción muy grave, en particular si se compara con la de cuatro millones de euros (4.000.000 €) que se impone en la misma Resolución por la supuesta infracción del artículo 6 del RGPD.

Por otra parte, de las anteriores consideraciones se desprende claramente que en el vigente marco normativo del régimen sancionador en materia de protección de datos no se respeta correctamente el principio de legalidad sancionadora que consagra el artículo 25.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre el alcance de dicho principio. Recientemente en su Sentencia 150/2020, de 22 de octubre de 2020, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7194-2019, que recoge su doctrina anterior. En esta Sentencia, el Alto Tribunal afirma:

“El derecho a la legalidad sancionadora, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este tribunal ha señalado reiteradamente, el término ‘legislación vigente’ contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora” (entre otras muchas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2). En relación con la vertiente material de este derecho, hemos puesto de relieve que “la

necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta”, pero en modo alguno cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, “ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la administración por norma legal vacía de contenido material propio” (STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6)”.

La indeterminación normativa es evidente desde el mismo momento en que parece posible imponer una sanción de 2.000.000 de euros por la comisión de una infracción leve. La discrecionalidad administrativa sobrepasa los límites de la legalidad sancionadora por cuanto, entre otras consideraciones, sería posible imponer discrecionalmente una sanción de 0,1 euro a 20.000.000 de euros por la comisión de una infracción leve. Lo que además se compadece mal con el hecho de que el artículo 78 de la Ley Orgánica 3/2018 parece diferenciar entre las sanciones por infracción leves, graves y muy graves pensando en cuantías de importe igual o inferior a 40.000 euros (para las infracciones leves), importe comprendido entre 40.001 y 300.000 euros (para las infracciones graves) e importes superiores a 300.000 euros (para las infracciones muy graves).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LOPDPGDD.

II

Debido a razones de funcionamiento del órgano administrativo, por ende no atribuibles al recurrente, hasta el día de la fecha no se ha emitido el preceptivo pronunciamiento de esta Agencia respecto a la pretensión del interesado.

De acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) el sentido del silencio administrativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones es desestimatorio.

Con todo, y a pesar del tiempo transcurrido, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación, según dispone el art. 21.1 de la citada LPACAP. Por tanto, procede emitir la resolución que finalice el procedimiento del recurso de reposición interpuesto.

III

En relación con las manifestaciones efectuadas por la recurrente, que reproducen, básicamente, las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, especialmente las formuladas frente a la propuesta de resolución elaborada por el instructor del procedimiento, debe señalarse que ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, de fecha 05/01/2021, en la que se considera que la misma incumplió lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 6 del RGPD y se

detalla suficientemente la valoración de las pruebas que han permitido determinar dichos incumplimientos y el alcance otorgado a los mismos, así como las circunstancias tenidas en cuenta para la graduación de la sanción impuesta. En dichos Fundamentos de Derecho se indica lo siguiente:

<<II

Con carácter previo, se estima oportuno analizar las excepciones alegadas por CAIXABANK, en base a las cuales solicita la declaración de nulidad de las actuaciones, así como las cuestiones formales planteadas por dicha entidad.

- 1. *Conculcación del artículo 24.2 de la Constitución, presunción de inocencia.*

En primer lugar, invoca los artículos 24.2, 103.1 y 2 de la CE, y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y alega una posible vulneración del principio de presunción de inocencia por falta de objetividad e imparcialidad del órgano que tiene la competencia para resolver el procedimiento, deducida por CAIXABANK de unas manifestaciones realizadas por la Directora de la AEPD en un acto público, mediante las que se anuncia la imposición de multas “cuantitativamente importantes”. La declaración a la que se refiere CAIXABANK es la siguiente:

“Tenemos ya dos o tres procedimientos sancionadores de alto impacto que van a tener mucha repercusión mediática en relación con el sector financiero, serán las primeras multas cuantitativas importantes por parte de la Agencia”.

De esta declaración, realizada durante el plazo concedido al interesado para presentar alegaciones a la apertura del procedimiento, deduce CAIXABANK que la voluntad del órgano que tiene la competencia para resolver estaba formada sin siquiera conocer esas alegaciones y sin tener a la vista todos los elementos probatorios.

En el ámbito administrativo sancionador, la imparcialidad del órgano resolutorio está vinculada al derecho del interesado a un proceso con todas las garantías. Se garantiza con los motivos de abstención o recusación y con la debida separación entre las fases de instrucción y de resolución del procedimiento sancionador, separación entre fases que en este caso no ha quebrado y que se respeta escrupulosamente en todos los procedimientos de esta naturaleza seguidos en la AEPD.

En aras de la seguridad jurídica, los motivos de abstención o recusación se han regulado mediante una lista taxativa de circunstancias que responden a razones objetivas, evitándose con ello que los interesados puedan apreciar causas de abstención o recusación basadas en criterios propios o particulares.

En nuestro ordenamiento administrativo, la apariencia de parcialidad se estima por la concurrencia, objetivamente justificada, de los motivos regulados en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP):

“Artículo 23. Abstención.

1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo

comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Artículo 24. Recusación.

1. En los casos previstos en el artículo anterior, podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.
2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda”.

Se trata, en definitiva, de que la persona que adopta la decisión no tenga ningún interés personal en el asunto y no haya intervenido en el procedimiento como perito o testigo, de modo que pueda resolver conforme al interés general, sin ningún tipo de influencia ajena a ese interés que pueda llevarle a decidir en una forma determinada.

Por otra parte, de conformidad con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, lo que se reclama a los servidores públicos no es la imparcialidad personal y procesal que se exige a los órganos judiciales, sino que actúen con objetividad y sometimiento al derecho.

Así, en la STC 174/2005, de 4 de julio, se declara lo siguiente:

“Al respecto se debe recordar que si bien este Tribunal ha reiterado que, en principio, las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador, sin embargo, también se ha hecho especial incidencia en que dicha aplicación debe realizarse con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía “no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales” (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10), pues, “sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo” (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4), concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 5)”.

Y la STC 14/1999, de 22 de febrero, señala lo siguiente:

“Un erróneo entendimiento del contenido de las exigencias constitucionales de imparcialidad judicial y

su pretendida traslación in totum a quien interviene en el procedimiento administrativo sancionador en calidad de Instructor, lleva al recurrente a afirmar la lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías.

(...)

Cabe reiterar aquí de nuevo, como hicimos en la STC 22/1990 (fundamento jurídico 4º), que "sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo".

Lo que del Instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 C.E., no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, en el sentido que a este concepto hemos dado en las SSTC 234/1991, 172/1996 y 73/1997, es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal. A este fin se dirige la posibilidad de recusación establecida por el art. 39 de la Ley Orgánica 12/1985, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante L.O.R.D.F.A.) que reenvía al art. 53 de la Ley Procesal Militar, cuyo catálogo de causas guarda, en éste ámbito, evidente similitud, con el previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque las enumeradas en uno y otro obedezcan, según lo expuesto, a diverso fundamento.

(...)

Ninguna de las razones aducidas puede ser atendida, no ya sólo porque, con carácter general, y según antes se expresó, no puede trasladarse sin más al ámbito sancionador administrativo la doctrina constitucional elaborada acerca de la imparcialidad de los órganos judiciales, sino porque en el caso presente, y en atención a la configuración de las causas legales de recusación, no cabe apreciar la concurrencia de ningún elemento que demandara el apartamiento del Instructor por pérdida de la necesaria objetividad. No se observa en el Instructor cuestionado, ni el interesado ha aportado dato justificado alguno al respecto, la presencia de interés personal directo o indirecto en la resolución del expediente sancionador (...).

En este caso, debe precisarse en primer término que CAIXABANK, a pesar de su alegación de falta de imparcialidad del órgano resolutorio, no ha planteado formalmente la recusación de la Directora de la AEPD, ni hace alusión alguna a los motivos enumerados en esos artículos.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, para declarar la nulidad de las actuaciones por las razones alegadas, es preciso que se demuestre plenamente la concurrencia de uno de aquellos motivos que hayan podido influir de manera efectiva en la decisión adoptada mediante la resolución presente.

No obstante, se estima oportuno dejar constancia en este acto de la no concurrencia de ninguna de las causas de abstención o recusación establecidas en los preceptos transcritos, lo que permite concluir que no existe la falta de imparcialidad alegada. No tiene interés personal en el objeto del procedimiento; ni vínculo, amistad o enemistad con el interesado; ni ha intervenido como perito o testigo en el procedimiento.

La presente resolución se adopta conforme a Derecho, según criterios objetivos, y sin que el órgano resolutorio haya prejuzgado el asunto en cuestión mediante actuaciones formales previas o mediante su intervención en fases anteriores del procedimiento. Esta intervención no ha tenido lugar en forma alguna, más allá de la adopción del acuerdo de apertura del procedimiento según establece la normativa procesal aplicable.

La manifestación a la que se ha referido CAIXABANK no se encuadra en los supuestos de recusación y abstención antes enumerados y tampoco adelantan la decisión, de modo que no pueden apreciarse con el alcance pretendido por dicha entidad.

Tampoco esa manifestación, ni ninguna otra circunstancia, han quebrado la imparcialidad del órgano instructor, que ha dispuesto de todas las facultades que le atribuye la normativa en cuestión y plena libertad para dictar su propuesta de resolución, como lo prueba el hecho de que dicha propuesta haya minorado las infracciones que se imputaron en el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador.

La intervención de la Directora en el evento celebrado el 03/03/2020 está relacionada, antes bien, con la adopción de los acuerdos de apertura de los procedimientos a los que se refiere CAIXABANK en sus alegaciones, ambos del sector financiero. La referencia a estos acuerdos como de amplio impacto para los sectores afectados y con relevancia mediática tiene que ver con las novedades reguladas en el RGPD y, en particular, las relativas al nuevo modelo de cumplimiento y de supervisión. En relación con este último, destacan las importantes cuantías contempladas en el Reglamento con el fin de qué, cómo pretende dicha norma, puedan tener carácter disuasorio.

A juicio de esta Agencia, concretar en el acuerdo de inicio dictado la infracción que hubiera podido cometer y su posible sanción se ajusta a lo previsto en el artículo 68 de la LOPDGDD y artículo 64.2 de la LPACAP (en este caso, de los distintos poderes correctivos que contempla el artículo 58.2 del RGPD, la Agencia estimó procedente la imposición de multa, además de la adopción de medidas para ajustar su actuación a la normativa, considerando los indicios de infracción apreciados en el momento de la apertura y sin perjuicio de lo que pudiera resultar de la instrucción del procedimiento). Así, no puede decirse que señalar la posible sanción que pudiera corresponder por las infracciones imputadas sea determinante de indefensión o que suponga una ruptura del principio de separación de las fases de instrucción y resolución.

Por otra parte, la instrucción del procedimiento ha sido acorde a la normativa procedimental, sin que pueda apreciarse ninguna irregularidad en la tramitación del procedimiento, en el que, además, se han respetado todas las garantías del interesado, incluida la presunción de inocencia. CAIXABANK, en este caso, ha visto respetadas todas las garantías del interesado que prevé la normativa procesal y no puede decirse que la determinación del importe de la multa en el acuerdo de apertura suponga ninguna merma de dichas garantías causante de indefensión.

Cabe destacar que tanto en el presente procedimiento como el otro citado por la entidad CAIXABANK, la resolución dictada ha rebajado la cuantía de la sanción inicial en atención a las alegaciones de las partes, como así ocurre en tantos supuestos de procedimientos sancionadores tramitados por la AEPD.

No hay más que acudir a la web de la Agencia, en la que se publican todas las resoluciones dictadas en procedimientos sancionadores, para verificar la gran cantidad de ellos que finalizan con una resolución de archivo de actuaciones, así como aquellas otras en las que se incrementó o minoró el importe de la sanción fijado en el acuerdo de apertura o se acordó la aplicación de un poder correctivo distinto a la sanción de multa, una veces a propuesta del instructor o bien a iniciativa del órgano resolutorio.

- 2. Quiebra de la confianza legítima.

Por otra parte, CAIXABANK solicita el archivo del expediente por una presunta vulneración del principio de confianza legítima o la reconsideración de la declaración de nulidad de los consentimientos recabados.

Basa esta petición en la consulta realizada poco después de publicado el RGPD, mediante correos electrónicos dirigidos al "Director Adjunto de la AEPD", relativa a la implementación del RGPD y a los documentos analizados en el expediente, especialmente el "Contrato Marco", sobre los que, según CAIXABANK, únicamente se realizaron algunas consideraciones menores en conversación telefónica, las cuales fueron atendidas por la entidad interesada. Señala que en esos correos se solicitó reiteradamente la celebración de una reunión entre la AEPD y CAIXABANK con ese objeto, que fue denegada.

Del hecho de haber comunicado a la AEPD las acciones principales que llevarían a cabo para la adecuación de su actuación al RGPD, incluida la referencia al denominado "repositorio común", deduce CAIXABANK su legítimo convencimiento de haber estado actuando correctamente y que pudo tener una "razonable esperanza inducida" de que su manera de proceder era conforme a derecho.

El mencionado principio de confianza legítima se encuentra recogido en el artículo 3 de la LRJSP:

"Artículo 3. Principios generales.

1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

(...)

e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional".

Es una manifestación de la doctrina de los "actos propios" y tiene relación con el principio de seguridad jurídica. El principio de confianza legítima puede entenderse como la confianza de los ciudadanos en la actuación futura de las Administraciones Públicas atendiendo a sus actuaciones pasadas, considerando las expectativas que generan, aunque salvaguardando siempre el principio de legalidad, por lo que aquel principio no podrá invocarse para salvar situaciones contrarias a la norma.

La STS de 18 de diciembre de 2007 se refiere al principio de protección de confianza legítima citando los términos de una Sentencia anterior de 10 de mayo de 1999:

<<Así, la STS de 10-5-99 (RJ 1999, 3979), recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. [...] Por otra parte, en la STS de 1-2-99 (RJ 1999, 1633), se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. [...] Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de

revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 [RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585], 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246], modificada por Ley 4/1999 [RCL 1999, 114, 329]), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa">>.

La STS de 22 de febrero de 2016 (rec.1354/2014) se refiere a los requisitos que deben concurrir para apreciar la confianza legítima:

“Conviene tener en cuenta que confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3). Exactamente lo que acontece en el caso examinado, a tenor de los hechos antes relatados, que no hace al caso insistir. Recordemos que, respecto de la confianza legítima, venimos declarando de modo reiterado, por todas, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 257/2009), que «el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum proprium".

Esta misma Sentencia se refiere a la confianza en la estabilidad de criterio de la Administración, evidenciado en actos anteriores en un mismo sentido.

Por otra parte, la STS de 21 de septiembre de 2015 (rec.721/2013), en su Fundamento de Derecho Cuarto, declara lo siguiente:

“En la mencionada sentencia de esta Sala jurisdiccional de 23 de febrero de 2000, la aplicación del principio de protección de confianza legítima se condiciona no tanto al hecho de que se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien a que se acredite la existencia de signos externos producidos por la Administración “lo suficientemente concluyentes” para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”.

Por tanto, esa esperanza o confianza generada ha de ser “legítima” y estar basada en actos externos anteriores, cuyo sentido sea indudablemente contrario a lo acordado posteriormente, sin que deba incluirse en este principio de confianza legítima una mera convicción psicológica del particular.

En este caso, consta que CAIXABANK remitió diversos correos electrónicos a “Adjunto Director AEPD”, a modo de consulta, acompañando copia del “Contrato Marco” dispuesto por esa entidad como formulario de recogida de datos personales y con el clausulado informativo en materia de protección de datos personales, así como un programa sobre las acciones emprendidas, en los que, además, solicitó la celebración de una reunión con el propósito de que comentar tales documentos y acciones. Consta, asimismo, que esta reunión no llegó a celebrarse.

Consta que esos correos electrónicos fueron respondidos por el destinatario, por la

misma vía, con los mensajes siguientes:

. Correo electrónico de 27/07/2016:

"Asunto: Reunión

Buenos días..., con el fin de valorar la posibilidad de celebrar una reunión remítame una breve explicación sobre la política que habéis adoptado y el texto de las cláusulas informativas. Hablaremos en septiembre".

. Correo electrónico de 11/09/2017:

"Asunto: RE: Presentación RGPD en CaixaBank

Buenos días, le agradecería si es posible, me enviase la presentación en un formato que pueda imprimir ya que me es imposible hacerlo".

En este caso, CAIXABANK no dispone de hechos externos anteriores ("signos innegables externos") que puedan considerarse favorables a dicha entidad de forma concluyente y suficientes para haber inducido a la misma a pensar que la AEPD validó las acciones emprendidas por la entidad para adecuar su actuación al RGPD.

Más allá de la crítica que pudiera hacer CAIXABANK a esta AEPD por haber sido desatendidas sus consultas o sus solicitudes de reunión para analizar la documentación que estaba elaborando, lo cierto es que las respuestas de esta Agencia contenidas en los correos aportados por la interesada no tienen ningún contenido jurídicamente vinculante ni contienen pronunciamiento alguno sobre las cuestiones a las que se refieren las alegaciones. En definitiva, no representan unos actos externos propios de la Administración de los que pudiera derivarse una futura vulneración del principio de la "confianza legítima del administrado", ahora invocado.

La actuación de esta Agencia no ha influido en modo alguno en la conducta de CAIXABANK determinante de las infracciones analizadas, ni esta Agencia ha realizado actuación alguna que haya permitido a dicha entidad concluir que en la documentación de protección de datos formalizada por la misma o en sus procesos de recogida y tratamiento de datos personales no existiera ningún elemento que contraviniera lo establecido en el RGPD y LOPDGDD. CAIXABANK no puede aportar ningún pronunciamiento o actuación de esta Agencia que le llevase a esa presunta confusión, simplemente porque no existe actuación alguna en ese sentido.

En definitiva, proyectando la doctrina del Tribunal Supremo al caso presente, y en los términos de la STS de 18 de diciembre de 2007, resulta que no concurren circunstancias que permitan entender que CAIXABANK se ha visto sorprendida por la actuación de la Administración.

Finalmente, se estima oportuno señalar, en primer lugar, que los correos electrónicos a los que se refiere CAIXABANK no pertenecen ni integran ninguna actuación reglada de la Administración y, en segundo lugar, que la AEPD tiene habilitados canales de consulta para que los ciudadanos y los responsables de tratamientos de datos personales puedan plantear sus dudas en la materia de su competencia, pero estos canales no pueden utilizarse para que esta Agencia supervise y valide en su integridad las actuaciones emprendidas por esos responsables, salvo que una norma así lo prevea expresamente.

Además, sorprende que CAIXABANK pretenda fundar la quiebra del principio de confianza legítima en la remisión de dos correos electrónicos al Adjunto a la Dirección de la

AEPD, en los que se solicitaba una reunión sobre los textos que se adjuntaban.

En primer lugar, desde una perspectiva formal, debe señalarse que las alegaciones destacan en negrita el destinatario de los correos, al que describen incorrectamente denominándolo como “Director Adjunto de la AEPD”, a pesar de que dicho puesto de trabajo no existía en la relación de puestos de trabajo de la Agencia, como es plenamente conocido por CAIXABANK cuando en el documento número 3 que aporta en relación con esta argumentación se dirige al “Adjunto AEPD”. Lo que podría sugerir, más allá de un mero error material, una voluntad intencionada de dar en este momento más trascendencia a la remisión de los citados correos atendiendo a la relevancia del puesto al que se dirigieron.

Y, lo que es materialmente más relevante, es que se pretenda fundar dicha alegación en el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva, regulado en el RGPD como un elemento esencial del nuevo modelo de cumplimiento que diseña dicha norma. Interpretación que es justamente la contraria a la previsión del Reglamento, en el que el principio de responsabilidad proactiva remite a los responsables del tratamiento la exigencia de realizar los análisis de riesgo para los derechos y libertades de los afectados y adoptar autónomamente las medidas que permitan garantizarlos a través de las medidas que en el mismo se describen.

Maxime cuando en relación con dichas medidas la única previsión del RGPD sobre consultas a la autoridad de control es la relacionada con las Evaluaciones de Impacto en la Protección de Datos, cuando la misma muestra que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no toma medidas para mitigarlo, conforme al artículo 36 de dicha norma.

A lo que se añade que, sin haber procedido al análisis de la documentación remitida ni manifestarse sobre ella, se comunicó a CAIXABANK que no se celebrarían las reuniones argumentando, precisamente, que la responsabilidad proactiva exige al responsable del tratamiento realizar sus propios análisis y adoptar autónomamente las medidas que garanticen y permitan demostrar el cumplimiento de sus obligaciones.

Por todo ello, debe rechazarse la alegación de vulneración del principio de confianza legítima y, de contrario, reafirmar la plena responsabilidad de CAIXABANK en el análisis de los riesgos asociados a las iniciativas desarrolladas para cumplir y demostrar el cumplimiento del RGPD.

- 3. Caducidad de las actuaciones previas.

En sus alegaciones a la apertura del procedimiento, CAIXABANK invocó la caducidad de las actuaciones previas de investigación señaladas con el número E/01475/2018, iniciadas por razón de la reclamación presentada en fecha 24/01/2018, y cuya documentación fue incorporada a las nuevas actuaciones de investigación iniciadas con el número E/01481/2019.

En base a ello, considera que las posibles infracciones analizadas en las actuaciones previas que se declararon caducadas mediante resolución de 01/02/2019 habrían prescrito, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Posteriormente, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, CAIXABANK alega una posible conculcación del artículo 24 de la CE por la indefensión que produce la extensión artificial y antijurídica de las actuaciones previas de investigación, ignorando además su caducidad. Fundamenta esta alegación de acuerdo con las consideraciones siguientes:

. Las actuaciones previas de investigación suplantaron la actividad instructora, por cuanto se utilizaron como un verdadero procedimiento sancionador, lo que constituye un posible vicio de desviación de poder en la utilización de los mecanismos de instrucción. Por este mismo motivo, el procedimiento sancionador debe considerarse caducado por el transcurso del plazo previsto para su resolución, contado desde el inicio de las actuaciones previas de investigación.

. Entiende que solo se atribuye tal consideración a las actuaciones que permiten reunir datos e indicios sobre los hechos cometidos y sus responsables, debiendo iniciarse el procedimiento tan pronto se tiene certeza sobre la comisión de los hechos y su autor. Según CAIXABANK, en este caso no se atienden a la finalidad prevista en la normativa aplicable.

. Las actuaciones previas desarrolladas (una primera caducada, que llevó a la apertura de una segunda) no respetaron ninguna garantía esencial del procedimiento sancionador, tales como informar de la imputación, recordar el derecho a no declarar contra uno mismo, etc.

. Dado que la Propuesta de Resolución descansa de facto, única y exclusivamente, en los elementos de convicción y prueba recabados durante la fase de actuaciones previas, la imposibilidad de utilización de los mismos hace que la propuesta carezca de los elementos necesarios para enervar la presunción de inocencia.

. No es aceptable el traspaso en bloque del expediente caducado, y tampoco cabe que lo actuado en las actuaciones previas pase íntegramente al expediente sancionador.

. No es aceptable la utilización de las actuaciones previas sin limitación de tiempo, más allá de la propia de la prescripción.

Esta alegación de CAIXABANK se articula en base a distintos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo, pero contiene manifestaciones que resultan contradictorias en unos casos o se refieren a supuestos de hechos distintos al que nos ocupa en otros.

Así, por ejemplo, CAIXABANK alega que las actuaciones previas desarrolladas no respetaron ninguna garantía esencial del procedimiento sancionador, tales como informar de la imputación, recordar el derecho a no declarar contra uno mismo, etc. Sin embargo, basa esta alegación en lo expresado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 09/06/2006, referida a un supuesto disciplinario de las Fuerzas Armadas.

En otro orden, no se entiende que, por un lado, se diga que la propuesta de resolución descansa en su integridad en elementos de cargo recogidos durante la fase de actuaciones previas de investigación y, por otro lado, se defienda que las actuaciones previas desarrolladas se desnaturalizaron y no se atuvieron “a la finalidad que deben cubrir conforme al designio del legislador”, cuando, precisamente, el propósito de llevar a cabo tales investigaciones no es otro que obtener esas evidencias que justifiquen la tramitación de un procedimiento sancionador. Por la misma razón, tampoco se entiende que se defienda la

apertura inmediata del procedimiento sancionador, aunque no se haya acreditado totalmente la infracción.

Igualmente, siendo aquella finalidad el fundamento para la realización de la investigación previa, esta Agencia no comparte la afirmación contenida en las alegaciones de CAIXABANK sobre la “imposibilidad” de utilización en la propuesta de resolución de los elementos de convicción y prueba recabados durante la fase de actuaciones previas.

Por otro lado, se argumenta que las actuaciones propias de un procedimiento caducado no pueden surtir efecto en el nuevo expediente sancionador que pueda iniciarse cuando la infracción no haya prescrito (STS de 24/02/2004). Sin embargo, en este caso, la caducidad se produjo respecto de las actuaciones previas E/01475/2018, y no del procedimiento sancionador.

Sobre esta cuestión relativa al traspaso o utilización de la documentación integrante de las actuaciones previas que se declararon caducadas, no se entienden algunas de las afirmaciones que contiene el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución. En concreto, en dicho escrito se indica que “existen muy divergentes principios que impiden que lo actuado en las actuaciones previas pase íntegramente al expediente sancionador”, o que “a estas pseudo actuaciones previas, en realidad verdadera instrucción del procedimiento sancionador, no debían haber llegado las actuaciones surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación”. En este caso, no se ha producido ningún traspaso de documentación del procedimiento sancionador a las actuaciones previas, sino al contrario, como es normal; y tampoco se ha traspasado documentación de un procedimiento caducado a otro nuevo procedimiento, sencillamente porque la caducidad del procedimiento sancionador no se ha producido.

Asimismo, se dice por CAIXABANK que las actuaciones previas no se atuvieron “a la finalidad que deben cubrir conforme al designio del legislador”, pero no se dice que otro “designio” persiguió la AEPD con la realización de esas actuaciones, que no fuese lograr una mejor determinación de los hechos y las circunstancias que justifican la tramitación de un procedimiento sancionador.

Alega incluso “un posible vicio de desviación de poder en la utilización de los mecanismos de instrucción”, entendida como <<“una contravención del sentido teleológico de la actividad administrativa desarrollada” (STS de 7-4-86), “una distorsión de la normal finalidad del acto” (STS de 11-4-89), una “no utilización de la potestad administrativa de forma objetiva, acorde con la finalidad perseguida” (STS de 12-5-86). Dicha desviación procesal puede acaecer “no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso” (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2011 y 11 de mayo de 2012)”>> (citas incluidas por CAIXABANK en sus alegaciones a la propuesta).

Argumenta al respecto que las repetidas actuaciones previas de investigación “suplantaron la actividad instructora”. Sin embargo, no explica CAIXABANK cómo se ha utilizado en este caso la potestad administrativa sancionadora de forma no acorde con la finalidad perseguida, o qué contravención del sentido teleológico de la actividad administrativa se ha producido o cómo se ha distorsionado la finalidad del acto administrativo,

ni tampoco qué finalidad privada o interés público ajeno al previsto en el ordenamiento persigue en este caso la Administración.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13/05/2013, ha declarado:

“Al respecto, procede significar que, conforme es jurisprudencia de esta Sala jurisdiccional, la concurrencia de desviación de poder no puede fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración, aunque acomodó su actuación a la legalidad, lo hizo con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable, lo que, en este proceso, no ha acontecido”.

En este caso, no solo no se acreditan hechos o elementos suficientes para formar la convicción de que la Administración actuó con una finalidad distinta a la pretendida por la norma, sino que ni tan siquiera se han expuesto presunciones o conjeturas sobre la concurrencia de la desviación de poder alegada.

De la misma forma, tampoco explica CAIXABANK qué trámite concreto realizado en el marco de las actuaciones previas de investigación es en realidad un trámite administrativo que debió celebrarse en el seno del procedimiento sancionador, qué trámite o trámites concretos del procedimiento sancionador han sido suplantados por las actuaciones previas, o qué trámites del procedimiento han sido evitados a causa de las actuaciones previas realizadas, o qué indefensión todo ello ha generado a la entidad interesada.

Al contrario, se llevaron a cabo actuaciones previas de investigación perfectamente justificadas, con el propósito de lograr una mejor determinación de los hechos y circunstancias (artículo 67 LOPDGDD), durante las cuales se recabó información necesaria para la determinación de los hechos, sin realizar durante el transcurso de las mismas trámite alguno propio del procedimiento sancionador, el cual se inició en base a las evidencias obtenidas y con el único fin de aplicar las previsiones normativas establecidas.

Se recibió una primera reclamación, con fecha 24/01/2018, en la que se denunció la obligación de aceptar las nuevas condiciones en materia de protección de datos personales implementadas por CAIXABANK (aportó copia), y se decidió la realización de actuaciones previas de investigación, señaladas con el número E/01475/2018, para el esclarecimiento de los hechos denunciados y determinar si concurrían circunstancias que justificasen la iniciación de un procedimiento sancionador.

En el marco de estas actuaciones previas se cursaron a CAIXABANK dos requerimientos para que por dicha entidad se facilitase información esencial para valorar las cláusulas informativas ofrecidas por la entidad a sus clientes. Entre otra información, se solicitó a dicha entidad que aportara detalles sobre la arquitectura y funcionamiento del “repositorio común”; procedimiento de ejercicio de derechos; obtención de datos personales de redes sociales, del servicios de agregación y de terceras entidades; sobre el enriquecimiento de datos; detalle sobre el mecanismo implementado para recabar el consentimiento inequívoco del cliente para el tratamiento de sus datos y mecanismo para revocarlo; e información proporcionada al cliente en el momento de la obtención del consentimiento en relación a los tratamientos de datos personales realizados por las sociedades del Grupo CaixaBank y su finalidad.

Posteriormente, tuvo entrada en la Agencia una nueva reclamación relativa al “Contrato Marco”, que fue sometida al proceso previo de admisión a trámite, siguiendo el

mecanismo previsto en el artículo 65.4 de la LOPDGDD, que consiste en dar traslado de las mismas a los delegados de protección de datos designados por los responsables o encargados del tratamiento, a los efectos previstos en el artículo 37 de la citada norma, o a éstos cuando no los hubieren designado, para que procedan al análisis de dichas reclamaciones y a darles respuesta en el plazo de un mes. Se trata de un trámite potestativo, de modo que este traslado se lleva a cabo si la Agencia así lo estima.

El resultado de dicho traslado no fue satisfactorio, por lo que, a los efectos previstos en su artículo 64.2 de la LOPDGDD, se acordó admitir a trámite la reclamación presentada mediante acuerdo que fue debidamente notificado al reclamante, y no a CAIXABANK, conforme a lo establecido en el artículo 65.5 de la LOPDGDD.

Conforme a lo establecido en el artículo 67 de la LOPDGDD, se acordó el inicio de nuevas actuaciones previas de investigación, señaladas con el número E/01481/2019, y la incorporación a las mismas de la segunda reclamación recibida y la documentación que integra la fase de admisión a trámite de la ésta. Se incorporó, asimismo, toda la documentación correspondiente a las actuaciones previas señaladas con el número E/01475/2018, incluida la reclamación que dio lugar a las mismas.

Se determinó como objeto de estas nuevas actuaciones previas de investigación el análisis de la información ofrecida con carácter general por CAIXABANK en materia de protección de datos personales, a través de todos los canales empleados por la entidad (cumplimiento por parte de CAIXABANK del principio de transparencia establecido en los artículos 5, 12 y siguientes del RGPD, y preceptos relacionados); los distintos tratamientos de datos personales que lleva a cabo la entidad conforme a la información ofrecida, en relación con clientes o persona que mantengan cualquier otra relación con la misma, y en el marco de la nueva normativa aplicable desde el 25/05/2018, incluido el análisis de los mecanismos empleados para recabar la prestación del consentimiento de los interesados; así como el cumplimiento por parte de la citada entidad del resto de principios relativos al tratamiento establecidos en el artículo 5 del RGPD.

Durante el curso de esta nueva fase previa de investigación se cursó un requerimiento de información a CAIXABANK (se solicitó copia de todas las versiones del “Contrato Marco” y posibles adendas, información sobre los canales y metodología para aceptar la política de privacidad y granularidad de los consentimientos, así como los procedimientos habilitados para dar a conocer la política de privacidad actualizada a clientes anteriores a su vigencia y mecanismos de aceptación) y se realizó una visita de inspección para verificar el proceso de alta presencial en oficina, a través de la web y aplicación móvil, y para la verificación del proceso de modificación de los consentimientos, entre otras cuestiones.

No puede decirse, a la vista de lo expuesto, que en este caso las actuaciones previas no eran necesarias o que no se realizaron para reunir datos e indicios sobre los hechos cometidos y sus responsables.

Efectivamente, las actuaciones previas número E/01475/2018 fueron declaradas caducadas mediante resolución de 01/02/2019, por el transcurso del plazo de doce meses previsto en el artículo 122 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD. En dicha resolución se advertía sobre lo dispuesto en el artículo 95.3 de la LPACAP, en el que se establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración, y se admite la apertura de un nuevo

procedimiento cuando no se haya producido la prescripción.

Esta caducidad no tiene el efecto pretendido por CAIXABANK. Nada impide, por tanto, la apertura de nuevas investigaciones, con incorporación a las mismas de la documentación que integra las actuaciones caducadas. A ello debe sumarse la recepción de una nueva reclamación en fecha 29/03/2019, lo que motivo que esas nuevas actuaciones de investigación que debían iniciarse tuvieran por objeto ambas reclamaciones, la que dio lugar al expediente de investigación E/01475/2018 y esta otra recibida el 29/03/2019.

Ninguna consecuencia jurídica puede atribuirse a este hecho, más allá de la regla de la prescripción y los efectos que se le atribuyen.

Procede, por otra parte, responder a la alegación sobre la caducidad del procedimiento sancionador manifestada por CAIXABANK. Partiendo de la consideración mantenida por esta entidad en cuanto a la suplantación de la actividad instructora por las actuaciones previas de investigación, que, como ya se ha dicho, no tiene base alguna, entiende que el procedimiento sancionador debe considerarse caducado por el transcurso del plazo previsto para su resolución, contado desde el inicio de las actuaciones previas de investigación.

Esta alegación debe ser igualmente rechazada. El planteamiento que CAIXABANK realiza sobre esta cuestión en sus alegaciones a la apertura no se ajusta a Derecho. Debe señalarse que el plazo de caducidad del presente procedimiento, establecido en nueve meses, se computa desde la fecha en que se acuerda su inicio, resultando improcedente añadir a ese cómputo, a efectos de medir la duración del expediente administrativo, ningún otro período, tal como el tiempo de las actuaciones previas de investigación, o el tiempo que transcurra entre la finalización de esas actuaciones y la apertura del procedimiento, ni el tiempo correspondiente a la fase de admisión a trámite de las reclamaciones presentadas.

Así lo ha declarado repetidamente nuestro Tribunal Supremo. En Sentencia de 21/10/2015 se cita la Sentencia de 26/12/2007 (recurso 1907/2005), que declara lo siguiente:

"[...] el plazo del procedimiento [...] se cuenta desde la incoación del expediente sancionador, lo que obviamente excluye del cómputo el tiempo de la información reservada"; [...] la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior".

También en Sentencia del Tribunal Supremo de 13/10/2011 (recurso 3987/2008) que examina un motivo de casación relativo al cómputo del plazo de caducidad del procedimiento, se declara lo siguiente:

"No podemos compartir el razonamiento que expone la Sala de instancia para fijar un dies a quo diferente al establecido por la Ley, señalando como fecha inicial del cómputo el día siguiente a la finalización de las diligencias previas informativas.

[...]

Pues bien, una vez realizadas esas actuaciones previas, el tiempo que tarde la Administración en acordar la incoación del procedimiento [...] podrá tener las consecuencias que procedan en cuanto al cómputo de la prescripción (extinción del derecho); pero no puede ser tomado en consideración a efectos de la caducidad, pues esta figura lo que pretende es asegurar que una vez iniciado el procedimiento la Administración no sobrepase el plazo de que dispone para resolver. En el fundamento tercero de la sentencia recurrida la Sala de instancia realiza una interpretación de la norma que no es acorde con la naturaleza de la institución de la caducidad, pues a diferencia de la prescripción, que es causa de extinción del derecho o de la responsabilidad de que se trate, la caducidad es un modo de

terminación del procedimiento por el transcurso del plazo fijado en la norma, por lo que su apreciación no impide, si no ha transcurrido el plazo establecido para la prescripción de la acción de restablecimiento de legalidad urbanística por parte de la Administración, la iniciación de un nuevo procedimiento”.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de las infracciones invocada por CAIXABANK conforme a lo establecido en la LOPD, basta señalar que no es esta norma la que tipifica las infracciones analizadas en este procedimiento.

El objeto del procedimiento sancionador, al igual que el de las actuaciones previas de investigación, ya señalado, que está perfectamente definido en el Fundamento de Derecho siguiente, tiene relación con la información ofrecida con carácter general por parte de CAIXABANK en materia de protección de datos personales; los distintos tratamientos de datos personales que lleva a cabo la entidad conforme a la información ofrecida, incluido el análisis de los mecanismos empleados para recabar la prestación del consentimiento de los interesados; así como el cumplimiento por parte de la citada entidad del resto de principios relativos al tratamiento.

Todo ello, en el marco de la nueva normativa, constituida por el RGPD, aplicable desde el 25/05/2018, y la LOPDGDD, en vigor desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 06/12/2018.

Las dos reclamaciones que dan lugar al procedimiento, incluida la primera de ellas, recibida en fecha 24/01/2018, tienen relación con los cambios implementados por CAIXABANK para su adaptación al RGPD, y así lo ha reconocido la propia entidad interesada.

Se analiza la actuación desarrolla por CAIXABANK a partir de la aplicación del RGPD, es decir, a partir del 25/05/2018, en relación con los extremos que constituyen el objeto del procedimiento, y se imputan las presuntas infracciones apreciadas según el régimen sancionador regulado en el RGPD y la LOPDGDD. Siendo así, la prescripción de las infracciones deberá valorarse conforme a lo establecido en este régimen sancionador y no en el establecido en la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD).

En el presente procedimiento sancionador, se imputan las siguientes infracciones:

- 1. Infracción por incumplimiento de lo establecido en los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD.*
- 2. Infracción por incumplimiento de lo establecido en el artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.b) y c) de la LOPDGDD.*

De acuerdo con lo establecido en los artículos 72.1 y 74.1 de la LOPDGDD, las Infracciones consideradas muy graves prescribirán a los tres años y las infracciones leves prescribirán en un año, contados desde la comisión de la infracción y hasta la apertura del procedimiento con conocimiento del interesado.

En este caso, todas las circunstancias de hecho que se ponen de manifiesto en los Fundamentos de Derecho siguientes, que fundamentan la comisión de las infracciones que se declara en este acto, tuvieron lugar dentro del año anterior a la apertura del procedimiento,

en el caso de la infracción leve, y dentro de los tres años anteriores, en el caso de la infracción muy grave; con el límite en este último caso de la fecha de aplicación del RGPD (25/05/2018), atendiendo al objeto del expediente antes indicado.

Siendo así, ninguna de las dos infracciones cometidas había prescrito en el momento en que tuvo lugar la notificación a CAIXABANK de la apertura del procedimiento.

- *4. La enumeración de los criterios de graduación en el acuerdo de apertura, sin motivación alguna y sin especificar si se aplican como agravantes o atenuantes, es causa de indefensión.*

A juicio de esta Agencia, el acuerdo de inicio del procedimiento se ajusta a lo previsto en el artículo 68 de la LOPDGDD, según el cual bastará con que concrete los hechos que motivan la apertura, identifique la persona o entidad contra la que se dirige el procedimiento, la infracción que hubiera podido cometer y su posible sanción (en este caso, de los distintos poderes correctivos que contempla el artículo 58.2 del RGPD, la Agencia estimó procedente la imposición de multa, además de la adopción de medidas para ajustar su actuación a la normativa, sin perjuicio de lo que pudiera resultar de la instrucción del procedimiento).

En el mismo sentido se expresa el artículo 64.2 de la LPACAP, que establece expresamente el contenido mínimo de acuerdo de iniciación. Según este precepto, entre otros detalles, deberá contener “los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación jurídica y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”.

En este caso, no solo se cumplen sobradamente las exigencias mencionadas, sino que se va más allá ofreciendo razonamientos que justifican la posible calificación jurídica de los hechos valorada al inicio e, incluso, se mencionan las circunstancias que pueden influir en la determinación de la sanción.

De acuerdo con lo expuesto, no puede decirse que señalar la posible sanción que pudiera corresponder por las infracciones imputadas, con mención de las circunstancias que influyen en su determinación, sea causa de indefensión. CAIXABANK, en este caso, ha visto respetadas todas las garantías del interesado que prevé la normativa procesal y no puede decirse que la enumeración de las circunstancias o factores de graduación de la multa suponga ninguna merma de dichas garantías causante de indefensión.

El artículo 68 de la LOPDGDD citado regula el contenido que debe incluir el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador. Sin embargo, se trata del contenido mínimo exigible, de los elementos que deben detallarse en el mencionado acuerdo para determinar su validez. Pero nada impide que, como se ha indicado anteriormente, se mencionen las circunstancias que pueden influir en la determinación de la sanción, lo que sin duda redundará en beneficio del interesado, que ve reforzado y favorecido su derecho de defensa.

III

Las actuaciones reseñadas en los Antecedentes de este acto tienen por objeto

analizar la información ofrecida con carácter general por parte de CAIXABANK en materia de protección de datos personales, a través de todos los canales empleados por la entidad (cumplimiento por parte de CAIXABANK del principio de transparencia establecido en los artículos 5, 12 y siguientes del RGPD, y preceptos relacionados); los distintos tratamientos de datos personales que lleva a cabo la entidad conforme a la información ofrecida, en relación con clientes o persona que mantengan cualquier otra relación con la misma, incluido el análisis de los mecanismos empleados para recabar la prestación del consentimiento de los interesados; así como el cumplimiento por parte de la citada entidad del resto de principios relativos al tratamiento establecidos en el artículo 5 del RGPD.

Todo ello, en el marco de la nueva normativa, constituida por el RGPD, aplicable desde el 25/05/2018, y la LOPDGDD, en vigor desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 06/12/2018.

La entidad CAIXABANK ha informado que inició su adaptación al RGPD en el año 2016, y que la misma se llevó a cabo, principalmente, mediante la implementación del documento denominado “Contrato Marco” en junio de 2016, del que se han elaborado seis versiones desde entonces, fechadas el 20/06/2016, 22/11/2016, 14/03/2017, 12/11/2018, 20/12/2018 y 17/09/2019, según aquella entidad ha informado a esta Agencia. También ha declarado que el “Contrato Marco” regula toda la relación de los clientes con CAIXABANK y las empresas del Grupo cuyos productos comercializa aquella, informa de todos los tratamientos derivados de la relación contractual y solicita los consentimientos necesarios para el tratamiento de los datos de carácter personal a nivel Grupo. Este documento, que sirve como formulario de recogida de datos personales y que el cliente suscribe con su firma, es el empleado por CAIXABANK de forma prioritaria para dar cumplimiento a las exigencias de transparencia y manifestación de consentimientos por parte de los clientes para el tratamiento de sus datos personales.

De las seis versiones, serán revisadas en el presente procedimiento la versión 4ª (Anexo I), fechada por CAIXABANK el 12/11/2018, y las dos posteriores que la modifican levemente (la versión 5ª presenta algunas modificaciones en el apartado 6.4 “Suscripción de documentos y contratos mediante firma electrónica”, y suprime el apartado 7.2, referido a “Tratamiento de datos biométricos en la firma electrónica de documentos”; y la versión 6ª presenta cambios en el apartado 4 “Cumplimiento de obligaciones normativas en materia tributaria”, pero sin modificaciones significativas en materia de protección de datos personales), por cuanto son estas versiones las que aparecen con una mayor adaptación al RGPD y, además, por razones temporales.

Las tres primeras versiones (1, 2 y 3) aluden a la LOPD y no hacen referencia a cuestiones específicas reguladas en el RGPD, tales como la base jurídica del tratamiento (obligación legal, interés legítimo o consentimiento); derechos de supresión, limitación y portabilidad; derecho a presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos; existencia de un delegado de protección de datos y medios habilitados para contactar con el mismo.

En la propuesta de resolución se indicó que la versión 3ª del “Contrato Marco” constituía la información ofrecida por CAIXABANK a fecha 25/05/2018 y que la misma muestra las carencias expresadas, entre otras.

En relación con esta cuestión, CAIXABANK ha alegado que la versión 4ª se

implementó en junio de 2018 y no en noviembre de ese año, y aporta copia de un “Contrato Marco” suscrito por un cliente en fecha 08/06/2018, cuyo contenido coincide con el correspondiente a esta versión 4ª, reseñado en Anexo I.

Debe señalarse al respecto que fue la propia entidad CAIXABANK la que fechó la versión 4ª de este documento en noviembre de 2019, según consta en la documentación aportada a los servicios de inspección. En cualquier caso, esta circunstancia no modifica ninguna de las conclusiones expresadas en la propuesta de resolución ni en el presente acto sobre los defectos de información apreciados y en relación con el tratamiento de los datos, basadas en el contenido de esta versión 4ª y las elaboradas seguidamente por CAIXABANK. Ya se ha dicho que los cambios producidos en las versiones 5 y siguientes respecto de la versión 4ª afectan únicamente al tratamiento de datos biométricos en la firma electrónica de documentos y al cumplimiento de obligaciones normativas en materia tributaria.

La citada versión 4ª, fechada por CAIXABANK el 12/11/2018, es la primera versión que hace referencia a cuestiones específicas reguladas en el RGPD, tales como la base jurídica del tratamiento (obligación legal, interés legítimo o consentimiento); derechos de supresión, limitación y portabilidad; derecho a presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos; existencia de un delegado de protección de datos y medios habilitados para contactar con el mismo. El contenido completo de esta versión, en lo relativo a protección de datos personales, consta en Anexo I.

Este “Contrato Marco”, según consta en su apartado 2, establece las normas básicas que regularán las relaciones comerciales, negociales y contractuales que se formalicen entre el cliente y CAIXABANK. Así, dicho documento dedica los apartados 3 a 6 a informar y regular acerca de cuestiones esenciales que rigen las Relaciones Comerciales, tales como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el cumplimiento de obligaciones normativas en materia tributaria, la aplicación de sanciones económico-financieras internacionales y la lucha contra el fraude o los aspectos generales de la contratación de productos y servicios, las cuales no serán objeto de las actuaciones, salvo las menciones a los tratamientos que derivan de estas cuestiones contenidas en los apartados siguientes del contrato.

Los siguientes apartados del “Contrato Marco” se ocupan de la “Política de Privacidad”, el uso y tratamiento de los datos de carácter personal y de las autorizaciones para el uso de los datos que se llevan a cabo para el desarrollo de la actividad comercial propia de CaixaBank y de las empresas del Grupo CaixaBank, que interesan a los efectos del presente procedimiento sancionador.

Interesa también analizar en este expediente la información en materia de protección de datos ofrecida con carácter general por CAIXABANK y los mecanismos de prestación del consentimiento habilitados por otros medios, vías o canales, a los que se hace referencia en los antecedentes de este acuerdo, en base a que el “Contrato Marco” contiene una remisión específica a estos otros medios. Concretamente, nos referimos a los documentos siguientes:

. “Política de Privacidad” disponible en la web de la entidad: el apartado 7 del “Contrato Marco” contiene indica “Usted puede encontrar información complementaria a la que se le facilita en el presente contrato, relativa al tratamientos de sus datos de carácter personal en www.CaixaBank.com/privacidad”.

. Contrato de redes sociales: en el apartado 8 del “Contrato Marco” se detallan los datos

personales utilizados con las finalidades descritas en ese mismo apartado. Entre ellos se mencionan “los datos obtenidos de redes sociales que el firmante autorice a consultar”. Dicha autorización se presta en el denominado Contrato de Redes Sociales.

. Contrato de servicio de agregación: en el apartado 8 del “Contrato Marco” se detallan los datos personales utilizados con las finalidades descritas en ese mismo apartado. Entre los datos utilizados con las finalidades descritas en el mismo apartado 8 del “Contrato Marco” se mencionan “los datos obtenidos de terceras entidades como resultado de solicitudes de agregación de datos solicitadas por el firmante”. Dicha solicitud se formaliza mediante el denominado Contrato de Servicio de Agregación.

Además del citado “Contrato Marco”, para ofrecer información en materia de protección de datos personales y recabar el consentimiento de sus clientes para el tratamiento de datos con finalidades “comerciales” y cesión de datos a terceros, CAIXABANK emplea el documento denominado por dicha entidad “Contrato de Consentimientos”. Según consta en el rótulo de este documento, mediante el mismo se solicita al cliente “Autorización para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del grupo CaixaBank”.

De este “Contrato de consentimientos” constan incorporadas a las actuaciones tres versiones (la aportada por el reclamante en fecha 24/01/2018, reseñada en el Hecho Primero -Versión 1; la aportada por CAIXABANK en fecha 10/07/2018, reseñada en el Hecho Segundo y transcrita en Anexo II -Versión 2; y la adjunta al Acta de Inspección de fecha 28/11/2019, reseñada en el Hecho Cuarto, cuyos detalles se incluyen igualmente en Anexo II -Versión 3).

Por razones temporales, se prescinde en el procedimiento del examen del documento aportado por el reclamante, anterior a la fecha de aplicación del RGPD.

Por otra parte, considerando el objeto de las actuaciones previas de investigación antes expresado, no será objeto de análisis la información ofrecida en esta materia en los formularios empleados para la contratación de productos o servicios que, por su especialidad, incluyen sus propias cláusulas de protección de datos, según ha informado la entidad CAIXABANK. Salvo lo relacionado con los contratos antes citados, por los que el cliente consiente el acceso a datos personales en redes sociales y “servicio de agregación”.

Y tampoco se examina la actuación que puedan desarrollar las empresas que integran el denominado “Grupo CaixaBank” para el cumplimiento del principio de transparencia o los procedimientos específicos que hayan habilitado para recabar el consentimiento de sus clientes para los tratamientos de datos personales que lleven o pretendan llevar a cabo, o en relación con los otros aspectos reseñados.

Se excluye igualmente el análisis de los procedimientos establecidos por CAIXABANK para la gestión de los derechos de los clientes, interesando únicamente los mecanismos dispuestos para que el cliente pueda revocación los consentimientos que hubiera prestado, en la medida en que este mecanismo se emplea también para la modificación de dichos consentimientos, y por ello puede conllevar la prestación de otros nuevos.

Asimismo, aunque se tiene en cuenta parte de la información contenida en las Evaluaciones de Impacto aportadas por CAIXABANK, que ha quedado reseñada en los Antecedentes, no se realiza análisis alguno sobre la seguridad de los datos.

De acuerdo con lo expuesto, las conclusiones que pudieran derivarse del presente procedimiento no supondrán ningún pronunciamiento respecto de los aspectos anteriores descartados, ni en relación con las entidades del Grupo CaixaBank.

IV

De acuerdo con la delimitación expresada en el Fundamento de Derecho anterior, a los efectos del presente procedimiento interesa el contenido relativo a protección de datos de carácter personal del “Contrato Marco” y del “Contrato de Consentimientos” (“Autorización revocación para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del grupo CaixaBank”), la “Política de Privacidad” accesible a través de la web de la entidad y la información ofrecida en relación con los datos personales de redes sociales y servicio de agregación. El contenido de estos documentos consta reproducido en Anexos.

El “Contrato Marco”, que sirve como formulario de recogida de datos y que es el documento utilizado prioritariamente para facilitar información en materia de protección de datos personales, se presenta como de suscripción obligatoria para el cliente, estableciendo expresamente que la firma del documento supone que éste “conoce, entiende y acepta su contenido”. Se establece, asimismo, que los términos y condiciones son de aplicación general a todas las “relaciones comerciales” del interesado “con CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank, y por ello, la suscripción y vigencia del presente Contrato, respetando los correspondientes derechos de elección que para el Firmante otorgue el clausulado, es necesaria para la contratación y mantenimiento de contratos de productos o servicios”.

Las opciones o “elección” a las que se refiere el párrafo anterior tienen que ver con consentimientos recogidos en el clausulado del “Contrato Marco” sujetos a su efectiva aceptación por parte del cliente, que han de prestarse durante el proceso de contratación y que se incorporan, una vez expresadas esas opciones por el cliente, al apartado de datos personales y socioeconómicos de la cabecera. Se trata de los consentimientos para el tratamiento de datos personales que se solicitan al interesado en la cláusula 8 (perfilados y segmentados, recepción de impactos comerciales y cesión a terceros).

La información que se facilita al interesado en este documento en relación con la protección de datos personales se estructura según la base jurídica que legitima el tratamiento de los datos, dedicando el apartado 7 a los tratamientos “basados en la ejecución de los contratos, obligaciones legales e interés legítimo y política de privacidad”, el apartado 8 al “tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CaixaBank y las empresas del grupo CaixaBank basados en el consentimiento”.

El citado apartado 7 incluye un subapartado relativo al “tratamiento de datos biométricos en la firma electrónica de documentos” y facilita la información sobre los “tratamientos basados en interés legítimo”, incluida como uno de los epígrafes del subapartado que informa sobre los tratamientos de datos “con finalidades regulatorias”.

Por su parte, el apartado 8 informa sobre los tratamientos basados en el “consentimiento”, que CAIXABAN agrupa en las tres finalidades siguientes, y también informa sobre los “datos” que se tratarán para las dos primeras finalidades de las mencionadas a

continuación:

*“(i) los tratamientos de análisis y estudio de datos con finalidad comercial por CaixaBank y empresas del grupo CaixaBank
(ii) los tratamientos para la oferta comercial de productos y servicios por CaixaBank y las empresas del grupo CaixaBank
(iii) la cesión de datos a terceros”.*

A lo indicado, se añaden los apartados 9 “Ejercicio de derechos en materia de protección de datos” y 10 “Delegado de Protección de Datos”, así como un subapartado dedicado al “Plazo de conservación de los datos”, insertado en el apartado 11 referido a la duración, resolución y modificación del contrato.

El apartado 11 no tiene relación con el procedimiento (legislación y fuero aplicables). Y el apartado 13 corresponde a la firma del documento. Tiene como rótulo “Digitalización de la firma y de la documentación identificativa del cliente” y ofrece la información siguiente:

“La rúbrica que el Firmante estampa al pie del presente Contrato, además de tener la finalidad de aceptación del contenido del presente Contrato, se utilizará para su digitalización y registro, al objeto de servir como base para la comprobación de firmas que se estampen en cualquier documento que se presente a CaixaBank...”.

“[...] para la identificación del cliente por los empleados de la entidad, el Firmante autoriza a CaixaBank, de forma expresa, la digitalización y registro de su documento oficial de identificación, lo que incluye la digitalización de su imagen contenida en la fotografía que el mismo incorpore”.

En los Fundamentos de Derecho que siguen no se detallará el contenido del documento denominado por CAIXABANK “Contrato de Consentimientos” (“Autorización/Revocación”), por cuanto su estructura y contenido coincide casi literalmente con la Cláusula 8 del “Contrato Marco” (las referencias que en estos Fundamentos de Derecho se realizan a esta cláusula 8 o apartado 8 sirven por igual al “Contrato de Consentimientos”, salvo que se especifique otra cosa). Se precisarán, no obstante, las diferencias que se aprecian entre ambos documentos.

Asimismo, el documento “Política de Privacidad” disponible en la web de CAIXABANK, que se incorpora como Anexo V, con trece apartados, informa de modo genérico sobre la identidad del responsable (sin hacer referencia a la existencia de un “repositorio común” a CAIXABANK y las empresas del Grupo), datos recabados, información obtenida de navegación por la web y aplicaciones móviles, finalidades, base jurídica que ampara los tratamientos de datos, seguridad, conservación de datos, cesiones, transferencias internacionales, delegado de protección de datos y derechos del interesado. Interesa destacar que esta “Política de Privacidad”, al referirse a los usos basados en el consentimiento, advierte al interesado que podrá utilizar “todos los datos que tenemos sobre ti”; y en el apartado “¿A quién se comunican mis datos?” se informa sobre el intercambio de información con empresas del Grupo CaixaBank.

Finalmente, en relación con la obtención y utilización de datos personales del interesado en redes sociales u obtenidos del servicio de agregación, se informa sobre datos, finalidades, tratamientos basados en el consentimiento y derechos del interesado. En el último caso, además, se informa sobre tratamientos de datos basados en el interés legítimo y conservación de datos.

El contenido íntegro de esta información (excepto los apartados excluidos de análisis) consta reproducido en Anexos.

V

El artículo 5 “Principios relativos al tratamiento” del RGPD establece:

“1. Los datos personales serán:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);*
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);*
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);*
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);*
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);*
- f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).*

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

En relación con los citados principios, se tiene en cuenta lo señalado en el Considerando 39 del citado RGPD:

“39. Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. 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. En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida. Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de

conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios. Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos. Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento”.

VI

El artículo 4 del RGPD, bajo la rúbrica “Definiciones”, dispone lo siguiente:

“2) «tratamiento»: 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”.

De acuerdo con dichas definiciones, la recogida de datos de carácter personal a través de formularios habilitados al efecto constituye un tratamiento de datos, respecto del cual el responsable del tratamiento ha de dar cumplimiento al principio de transparencia, establecido en el artículo 5.1 del RGPD, según el cual los datos personales serán “tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado (licitud, lealtad y transparencia)”; y desarrollado en el Capítulo III, Sección 1ª, del mismo Reglamento (artículos 12 y siguientes).

El artículo 12.1 del citado Reglamento establece la obligación del responsable del tratamiento de tomar las medidas oportunas para “facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida a un niño”.

En el mismo sentido se expresa el artículo 7 del RGPD para supuestos en los que el consentimiento del interesado se preste en el contexto de una declaración escrita, como ocurre en el presente caso. Según este artículo, dicha solicitud del consentimiento “se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo”. Se añade en este precepto que ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento será vinculante.

El artículo 13 del citado texto legal detalla la “información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado” y el artículo 14 mencionado se refiere a la “información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado”.

En el primer caso, cuando los datos personales se recaben directamente del interesado, la información deberá facilitarse en el momento mismo en que tiene lugar esa recogida de datos. El artículo 13 del RGPD detalla esa información en los términos siguientes:

1. Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación:

- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;
- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;
- d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
- f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.

2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- b) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;
- c) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;
- d) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
- e) si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos;
- f) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

3. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.

4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no serán aplicables cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información”.

El artículo 14 regula la información que deberá facilitarse en relación con los datos que no se recaban directamente del interesado:

“1. Cuando los datos personales no se hayan obtenidos del interesado, el responsable del tratamiento le facilitará la siguiente información:

- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;
- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento;
- d) las categorías de datos personales de que se trate;
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
- f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un destinatario en un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la

Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de ellas o al hecho de que se hayan prestado.

2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente respecto del interesado:

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando eso no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- b) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero;
- c) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, y a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;
- d) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento antes de su retirada;
- e) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
- f) la fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público;
- g) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

3. El responsable del tratamiento facilitará la información indicada en los apartados 1 y 2:

- a) dentro de un plazo razonable, una vez obtenidos los datos personales, y a más tardar dentro de un mes, habida cuenta de las circunstancias específicas en las que se traten dichos datos;
- b) si los datos personales han de utilizarse para comunicación con el interesado, a más tardar en el momento de la primera comunicación a dicho interesado, o
- c) si está previsto comunicarlos a otro destinatario, a más tardar en el momento en que los datos personales sean comunicados por primera vez.

4. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de los datos personales para un fin que no sea aquel para el que se obtuvieron, proporcionará al interesado, antes de dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier otra información pertinente indicada en el apartado 2.

5. Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no serán aplicables cuando y en la medida en que:

- a) el interesado ya disponga de la información;
- b) la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, en particular para el tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, a reserva de las condiciones y garantías indicadas en el artículo 89, apartado 1, o en la medida en que la obligación mencionada en el apartado 1 del presente artículo pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento. En tales casos, el responsable adoptará medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado, inclusive haciendo pública la información;
- c) la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado, o
- d) cuando los datos personales deban seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional regulada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, incluida una obligación de secreto de naturaleza estatutaria”.

Por su parte, el artículo 11.1 y 2 de la LOPDGDD dispone lo siguiente:



“Artículo 11. Transparencia e información al afectado

1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado 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) La posibilidad de ejercer 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 produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concorra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

En relación con este principio de transparencia, se tiene en cuenta, además, lo expresado en los Considerandos 32, 39, reproducido en el Fundamento de Derecho anterior, 42, 47, 58, 60, 61 y 72 del RGPD. Se reproduce a continuación parte del contenido de estos Considerandos:

(32) 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.

(42) Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. En particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo (LCEur 1993, 1071), debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. 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.

(47) El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y

apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior... El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.

(58) El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice...

(60) Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales. Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración. Si los datos personales se obtienen de los interesados, también se les debe informar de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias en caso de que no lo hicieran...

(61) Se debe facilitar a los interesados la información sobre el tratamiento de sus datos personales en el momento en que se obtengan de ellos o, si se obtienen de otra fuente, en un plazo razonable, dependiendo de las circunstancias del caso...

(72) La elaboración de perfiles está sujeta a las normas del presente Reglamento que rigen el tratamiento de datos personales, como los fundamentos jurídicos del tratamiento o los principios de la protección de datos...

CAIXABANK, según consta en hechos probados, realiza tratamientos de datos personales obtenidos de los clientes, de forma directa o "indirectamente", así como de datos personales obtenidos de otras fuentes distintas a los interesados o inferidos por la propia entidad. Viene por ello, obligada a facilitar información en los términos establecidos en el RGPD y la LOPDGGD.

- *La información ofrecida a los clientes de CAIXABANK no es uniforme.*

Analizada la información en materia de protección de datos personales ofrecida por CAIXABANK, considerando los diversos documentos y canales mediante los que se ofrece, se comprueba que no es uniforme, ni si quiera en la terminología, no se ofrece con la misma amplitud a todos los clientes y en todas las situaciones (en unos casos se emplea el "Contrato Marco", en otros el "Contrato de Consentimientos" y para otros clientes únicamente la "Política de Privacidad"), y no se actualiza de la misma forma en cada caso.

CAIXABANK ha alegado que el deber de información se cumple con el "Contrato Marco" y no con el resto de documentos, que son meramente complementarios de aquél, que se utilizan en momentos y escenarios distintos, y no de forma simultánea, y que no tienen por

objeto cumplir lo mandado por el artículo 13 de dicho Reglamento, ya que se dirigen a clientes ya informados.

Sin embargo, esta alegación no coincide con las comprobaciones realizadas. Es cierto que el “Contrato Marco” es el documento utilizado prioritariamente, el cual sirve, además, como formulario de recogida de datos personales y para la prestación de los consentimientos recabados por CAIXABANK con fines comerciales. Pero ha quedado acreditado que la información en materia de protección de datos se facilitó a algunos clientes únicamente mediante el “Contrato de Consentimiento” y la “Política de Privacidad”, sin que éstos hubiesen suscrito el “Contrato Marco”.

El “Contrato de Consentimientos”, aunque se ha utilizado y utiliza en la actualidad como documento para revocar y modificar los consentimientos, se concibió como un documento para “autorizar” los tratamientos de datos basados en esta base jurídica, al igual que el “Contrato Marco”, y no ha perdido ese carácter (su denominación inicial fue “Autorización para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del Grupo CaixaBank”; y la actual “Autorización/Revocación para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del Grupo CaixaBank”). Consta acreditado que no siempre se ha utilizado el “Contrato Marco” para la recogida de los consentimientos, no en el caso de todos los clientes.

La propia entidad CAIXABANK, en su respuesta a los Servicios de Inspección de la Agencia de fecha 17/07/2018, manifestó que el “Contrato de Consentimientos” se emplea, no solo para modificar los consentimientos prestados, sino también para recogerlos. El reclamante es un ejemplo de cliente que no ha suscrito el “Contrato Marco” y prestó sus consentimientos mediante el “Contrato de Consentimientos”, suscrito el 24/01/2018 y modificado en mayo de 2018, según pudo comprobarse en la inspección realizada en fecha 28/11/2019 (a esta fecha, el reclamante no había suscrito el “Contrato Marco”)

Lo mismo puede decirse de la “Política de Privacidad” disponible en la web de la entidad. Aunque se indica en el “Contrato Marco” que incluye “información complementaria a la que se le facilita en el presente contrato”, la Política de Privacidad también se ha sido la única información sobre protección de datos personales que algunos clientes han recibido, los cuales no suscribieron el “Contrato Marco” ni el “Contrato de Consentimientos”.

CAIXABANK fue consultada al respecto por los Servicios de Inspección de la Agencia sobre los procedimientos habilitados para dar a conocer la “Política de Privacidad” actualizada al RGPD a clientes anteriores a la aplicación de esta norma y los mecanismos para recabar su aceptación. En su respuesta de 20/11/2019, CAIXABANK informó que dicha “Política de Privacidad” tiene la finalidad de dar información completa a los clientes que en mayo de 2018 no hubieran firmado el contrato marco; y distingue desde mayo de 2018 las situaciones siguientes:

- . La correspondiente a los clientes “preexistentes” que firmaron el “Contrato Marco” o que recibieron la “Política de Privacidad”.*
- . La de los nuevos clientes, que en su primera relación suscriben el “Contrato Marco”.*

En relación con la “Política de Privacidad”, ha facilitado los detalles sobre su traslado a los clientes existentes a mayo de 2018, en concreto, el envío de 15.917.507 comunicaciones, de los cuales 5.663.683 se realizaron por correo postal y 10.253.824 a través de la banca a

distancia con un pop up de aviso (“Si quieres conocer más sobre nuestro compromiso con tus datos y tu privacidad, tienes un comunicado disponible en tu MailBox -Acceder a MailBox”).

También en su escrito de alegaciones a la apertura del procedimiento, la citada entidad se refiere a los clientes anteriores a mayo de 2018, distinguiendo entre los que han firmado el “Contrato Marco”, los que han firmado el “Contrato de Consentimientos” y aquellos otros a los que preguntó y no contestaron.

Por otra parte, tampoco esos documentos son uniformes en cuanto a su contenido, como se describirá en los apartados y Fundamentos de Derecho siguientes.

Como muestra de esas diferencias, pueden destacarse en este momento las apreciadas entre el “Contrato Marco” y el “Contrato de Consentimientos”, siendo la más significativa que este último documento ofrece información equivalente, básicamente, a la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, de forma que los clientes que suscriben este documento lo hacen sin disponer de información esencial. Pero no esta la única diferencia en cuanto al contenido de la información:

. La versión 2 del “Contrato de Consentimientos” (Anexo II) hacía referencia a la gestión de los datos “desde un repositorio común de información de las Empresas del Grupo CaixaBank” que no figura en el “Contrato Marco” (esta indicación desaparece en la Versión 3 de aquel documento).

. Diferencias en cuanto al ejercicio de derechos, existencia de un Delegado de Protección de Datos y el plazo de conservación de los datos, que se detallan en los dos últimos apartados del presente Fundamento de Derecho.

. La Versión 3 del “Contrato de Consentimientos”, en la autorización (ii) del apartado correspondiente a la finalidad 1 (“Tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente”) se añade la posibilidad de asociar los datos del firmante con los de otros clientes, que no consta en el “Contrato Marco”.

Como puede verse, la diferente información que reciben los clientes tiene que ver con el documento empleado en cada caso para facilitar la información, además de su diferente contenido, más allá de los procesos de actualización de esos documentos alegada por CAIXABANK para justificar esta deficiencia.

Nada dice CAIXABANK sobre aquellas circunstancias en su escrito de alegaciones a la propuesta, en el que solo señala que dicha propuesta parece dejar traslucir que todos los clientes acceden a todos los documentos y, singularmente, que todos los clientes tienen tanto el “Contrato de Consentimientos” como el “Contrato Marco”, cosa que no coincide con lo expuesto.

Niega CAIXABANK esta falta de uniformidad, pero, al mismo tiempo, alega que el proceso de mejora que ha desarrollado ha supuesto una coonestación de todos los documentos.

-
Empleo de una terminología imprecisa y formulaciones vagas

De acuerdo con lo expuesto, en el momento de la recogida de los datos personales el responsable del tratamiento debe suministrar a los interesados la información establecida en las normas citadas, “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo”.

CAIXABANK no informa de manera clara y sistemática sobre los tratamientos de datos personales ni las finalidades para las que serán utilizados.

En ocasiones, la información sobre aspectos claves como las categorías de los datos personales tratados, las finalidades o la base legal que habilita el tratamiento, emplea expresiones poco claras e imprecisas, o formulaciones vagas, con significados ambiguos en algunos casos, y cuyo verdadero alcance no se desarrolla; expresiones que se repiten y que CAIXABANK utiliza para fundamentar diferentes actuaciones, tratamientos, finalidades o legitimaciones.

Además, con algunas de esas expresiones, la política de protección de datos se muestra como un beneficio para el cliente, dando a entender que su no aceptación supondrá la pérdida de ventajas como cliente.

Pueden destacarse como ejemplo expresiones como “conocerme mejor”, “personalizar su experiencia”, “ofertas comerciales ajustadas a sus necesidades y preferencias”, “mejorar el diseño y usabilidad de los productos”, “productos y servicios ajustados a su perfil”, “información generada de los propios productos”, “análisis y estudio”, “estudiar productos y servicios” o “diseñar productos y servicios”, “para nuestra propia gestión”, “darte un mejor servicio”, “comunicar tus datos a terceros con los que tengamos acuerdo”, “expectativa razonable de recibir”, “necesidades de gestión”, “análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicio ajustados al perfil”.

Tampoco el interesado puede deducir claramente el significado de esas expresiones a partir del contexto en el que se ofrece la información y se recaba la manifestación de voluntad del interesado, o a partir del contexto mismo de la relación contractual que vincula al interesado con la entidad responsable. Sobre esta base contextual o contexto fáctico, el cliente no es capaz de entender los datos que serán registrados o el significado de las finalidades perseguidas por CAIXABANK con el tratamiento, cuando éstos no se especifican claramente, especialmente considerando la variedad y complejidad de las finalidades de los tratamientos de datos personales que realiza CAIXABANK en su condición de entidad financiera que ocupa una relevante posición en el mercado, que demanda un esfuerzo adicional a la hora de concretar la información sobre los aspectos mencionados.

De todo ello se deriva que la información ofrecida en esta materia es indeterminada en los aspectos señalados y difícil de entender por cualquier interesado, con independencia de su cualificación, y demuestra hasta qué punto es necesario ser un experto para comprender dicha información y su alcance.

La terminología en aquellas expresiones, en definitiva, es ajena al cumplimiento estricto del principio de transparencia, e impide a los interesados conocer el sentido y significado real de las indicaciones facilitadas y el alcance real de los consentimientos que puedan prestarse, lo que supone entender vulnerado el derecho a la protección de datos personales, entendido como la capacidad del afectado de decidir sobre el tratamiento.

CAIXABANK, en sus alegaciones a la apertura del procedimiento, se limita calificar estos argumentos como apreciaciones subjetivas, sin prueba que demuestre lo que comprenden o no los clientes, añadiendo que se ha realizado trabajos externos para verificar que los documentos contractuales pueden entenderse sin dificultad por un cliente medio, los cuales no aporta.

Sin embargo, a juicio de esta Agencia, la falta de claridad de aquellas fórmulas o expresiones es evidente y objetiva, como se demuestra por la dificultad que supone concluir su alcance real y concreto.

Las expresiones tan repetidas por CAIXABANK en los documentos reseñados se incluyen como ejemplos de malas prácticas en el documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 "Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679", adoptadas el 29/11/2017 y revisadas el 11/04/2018.

En estas Directrices se analiza el alcance que debe atribuirse a los elementos de transparencia establecidos en el artículo 12 del RGPD, según el cual el responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para "facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo", que ha de ponerse en relación con lo expresado en el Considerando 39 del citado Reglamento. De lo expuesto en dichas Directrices, cabe destacar en este momento lo siguiente:

"El requisito de que la información sea "inteligible" quiere decir que debe resultar comprensible al integrante medio de la audiencia objetivo. La inteligibilidad está estrechamente vinculada al requisito de utilizar un lenguaje claro y sencillo. Un responsable del tratamiento que actúe con responsabilidad proactiva conocerá a las personas sobre las que recopila información y puede utilizar este conocimiento para determinar lo que dicha audiencia es susceptible de comprender..."

<<Lenguaje claro y sencillo

En el caso de la información "escrita"» (y cuando la información escrita se comunique verbalmente, o mediante métodos auditivos o audiovisuales, también para interesados con problemas de visión), han de seguirse las mejores prácticas para escribir con claridad. El legislador de la UE ya ha utilizado previamente un requisito lingüístico similar (apelando al uso de "términos claros y comprensibles") y también aparece explícitamente mencionado en el contexto del consentimiento en el considerando 42 del RGPD. La obligación de utilizar un lenguaje claro y sencillo implica que la información debe facilitarse de la forma más simple posible, evitando oraciones y estructuras lingüísticas complejas. La información debe ser concreta y categórica; no debe formularse en términos abstractos o ambivalentes ni dejar margen para distintas interpretaciones. En concreto, los fines y la base jurídica del tratamiento de los datos personales deben ser claros.

Ejemplos de prácticas deficientes

Los siguientes enunciados no son suficientemente claros con respecto a la finalidad del tratamiento:

- . "Podremos utilizar sus datos personales para desarrollar nuevos servicios" (ya que no queda claro de qué "servicios" se trata ni cómo ayudarán los datos a desarrollarlos);
- . "Podremos utilizar sus datos personales para fines de investigación" (ya que no queda claro a qué tipo de "investigación" se refiere); y
- . "Podremos utilizar sus datos personales para ofrecerle servicios personalizados" (ya que no queda claro qué implica esta "personalización").

Ejemplos de buenas prácticas

- . “Conservaremos su historial de compra y utilizaremos detalles de los productos que ha comprado anteriormente para sugerirle otros productos que creemos podrían interesarle también” (está claro qué tipos de datos se tratarán, que el interesado será objeto de publicidad de productos personalizada y que se utilizarán sus datos en este sentido);
- . “Conservaremos y evaluaremos información sobre sus visitas recientes a nuestro sitio web y cómo navega por las distintas secciones del mismo con el fin de analizar y comprender el uso que las personas hacen de nuestro sitio web y poder hacerlo más intuitivo” (queda claro qué tipo de datos se tratarán y el tipo de análisis que el responsable va a realizar); y
- . “Mantendremos un registro de los artículos de nuestro sitio web en los que ha pulsado y utilizaremos esa información para personalizar, a partir de los artículos que ha leído, la publicidad que le mostramos en este sitio web para que se ajuste a sus intereses” (queda claro lo que conlleva la personalización y cómo se han identificado los intereses que se atribuyen al interesado)>>.

Lo expuesto debe interpretarse, en todo caso, teniendo en cuenta los principios establecidos en el artículo 5 del RGPD, en especial el principio de lealtad. El Considerando 42 del mismo texto refiere también que el formulario en el que se ofrece la información en materia de protección de datos personales no debe contener términos no leales.

- Información sobre los tratamientos de datos personales basados en la relación contractual.

En el apartado dedicado a la finalidad 1 “Gestión de las relaciones comerciales”, CAIXABANK informa sobre el tratamiento de los siguientes datos personales:

- . Los datos de carácter personal aportados por el cliente.
- . Datos personales que se deriven de las relaciones comerciales.
- . Datos de carácter personal que se deriven de relaciones comerciales de CAIXABANK y empresas del Grupo CaixaBank con terceros (no se refiere en este epígrafe a la relación comercial del interesado/cliente con CAIXABANK, sino a relaciones de esta entidad y las que integran el Grupo con terceros; sin explicar la naturaleza de estas relaciones con terceros y sin detallar qué datos de estas relaciones son necesarios para la ejecución del contrato suscrito por el interesado/cliente, ni quién es el titular de esos datos).
- . Datos personales “confeccionados a partir de ellos” (sin especificar si se refiere a los últimos señalados o a todos los anteriores).
- . Digitalización y registro de los documentos identificativos y la firma.

Se estima que la información incluida en este apartado debe ser rectificadora y completada convenientemente de modo que permita valorar y determinar con certeza si los tratamientos reseñados pueden ampararse en esta base jurídica (la ejecución del contrato) o, por el contrario, su recogida y posterior tratamiento exige el consentimiento del interesado. Es necesario conocer qué entiende CAIXABANK por datos derivados de las relaciones comerciales o datos “confeccionados a partir de ellos” y qué uso se da a los mismos para el cumplimiento de la relación contractual.

Asimismo, es preciso señalar la confusión que produce sobre la base jurídica del tratamiento (tratamientos para la ejecución del contrato o basados en el consentimiento) la mención que se realiza en este apartado a “Relaciones comerciales” y a lo que CAIXABANK denomina “finalidades comerciales”. En el rótulo del subapartado se indica “Tratamientos de datos de carácter personal con la finalidad de gestionar las relaciones comerciales”, dentro de

un apartado más general relativo a tratamientos “basados en la ejecución del contrato”, mientras que en el texto se hace referencia también a los tratamientos que el firmante acepte para finalidades comerciales. El texto dice así: “Los datos de carácter personal del firmante... se incorporarán... para ser tratados con la finalidad de dar cumplimiento y mantener las mismas (las relaciones comerciales), verificar la corrección de la operativa y las finalidades comerciales que el firmante acepte en el presente contrato”.

- *Información sobre las categorías de los datos personales sometidos a tratamiento; y sobre las categorías de datos personales concretas que se tratarán para cada una de las finalidades específicas.*

La información ofrecida es incompleta en relación con aspectos claves, como las categorías de los datos personales tratados.

De acuerdo con los criterios manifestados por el Comité Europeo de Protección de Datos, esa información sería necesaria en relación con aquellos tratamientos de datos cuya base legal venga determinada por el consentimiento del interesado. Así lo entendió el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su documento “Directrices sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679”, adoptado el 28/11/2017, revisadas y aprobadas el 10/04/2018 (estas Directrices han sido actualizadas por el Comité Europeo de Protección de Datos el 04/05/2020 mediante el documento “Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679”, el cual mantiene literalmente idénticas las parte que se transcriben a continuación).

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 obtiene sus conclusiones a partir de la definición del “consentimiento” recogida en el artículo 4 del RGPD, que se expresa en los términos siguientes:

“11) «consentimiento del interesado»: 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”.

A partir de esta definición, se concretan como elementos necesarios para la validez del consentimiento los siguientes:

- . 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 el elemento “manifestación de voluntad específica” se dice:

*“3.2. Manifestación de voluntad específica
(...)”*

Ad. ii) Los mecanismos de consentimiento no solo deben estar separados con el fin de cumplir el requisito de consentimiento «libre», sino que también deben cumplir con el de consentimiento «específico». Esto significa que un responsable del tratamiento que busque el consentimiento para varios fines distintos, debe facilitar la posibilidad de optar por cada fin, de manera que los usuarios puedan dar consentimiento específico para fines específicos.

Ad. iii) Finalmente, los responsables del tratamiento deben facilitar, con cada solicitud de consentimiento separada, información específica sobre los datos que se tratarán para cada fin, con el objeto de que los interesados conozcan la repercusión de las diferentes opciones que tienen. De este modo, se permite a los interesados dar un consentimiento específico. Esta cuestión se solapa con el requisito de que los responsables faciliten información clara”.

Además, el consentimiento, para ser válido, debe ser informado. Este elemento se analiza en las mencionadas “directrices” como sigue:

3.3. Manifestación de voluntad informada

El RGPD refuerza el requisito de que el consentimiento debe ser informado. De conformidad con el artículo 5 del RGPD, el requisito de transparencia es uno de los principios fundamentales, estrechamente relacionado con los principios de lealtad y licitud. Facilitar información a los interesados antes de obtener su consentimiento es esencial para que puedan tomar decisiones informadas, comprender qué es lo que están autorizando y, por ejemplo, ejercer su derecho a retirar su consentimiento. Si el responsable no proporciona información accesible, el control del usuario será ilusorio y el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Si no se cumplen los requisitos relativos al consentimiento informado, el consentimiento no será válido y el responsable podrá estar incumpliendo el artículo 6 de RGPD.

3.3.1. Requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea «informado»

Para que el consentimiento sea informado es necesario comunicar al interesado ciertos elementos que son cruciales para poder elegir. Por tanto, el GT29 opina que se requiere, al menos, la información siguiente para obtener el consentimiento válido:

- i) la identidad del responsable del tratamiento,
- ii) el fin de cada una de las operaciones de tratamiento para las que se solicita el consentimiento,
- iii) qué (tipo de) datos van a recogerse y utilizarse,
- iv) la existencia del derecho a retirar el consentimiento,
- v) información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas de conformidad con el artículo 22, apartado 2, letra c), cuando sea pertinente, e
- vi) información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, tal y como se describen en el artículo 46>>.

La información que se facilita en el “Contrato Marco” sobre los tipos de datos personales de clientes que se someten a tratamiento no se contiene, con carácter general, en un apartado específico, sino que se incluye en cada uno de los apartados reseñados al detallar la estructura del documento, articulada en torno a las bases jurídicas, finalidades y tratamientos de datos pretendidos.

A la vista de los criterios interpretativos sobre la noción de “consentimiento informado” que ofrece el Comité Europeo de Protección de Datos, se considera que CAIXABANK no proporciona información suficiente sobre la tipología de los datos que serán sometidos a tratamientos cuya base jurídica sea el consentimiento de los interesados.

Esta insuficiencia se observa en el “Contrato Marco” y en el “Contrato de Consentimientos” en relación con las finalidades de “análisis y estudio de datos” y “para la oferta comercial de productos y servicios”, sobre las que se informa en el apartado 8 “Tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank basados en el consentimiento”. En este apartado se indica que se tratarán, entre otros, los datos siguientes:

“b) Todos los que se generen en la contratación y operativas de productos y servicios con CaixaBank, con las Empresas del Grupo CaixaBank o con terceros, tales como, movimientos de cuentas o tarjetas, detalles de recibos domiciliados, domiciliaciones de nóminas, siniestros derivados de pólizas de seguro, reclamaciones, etc.”.

“g) Los obtenidos de las navegaciones del firmante por el servicio de banca digital y otras webs de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank o aplicación de telefonía móvil de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank, en las que opere debidamente identificado. Estos datos pueden incluir información relativa a geolocalización.

h) Los obtenidos de chats, muros, videoconferencias o cualquier otro medio de comunicación establecida entre las partes”.

Todo ello se refiere a los datos tratados por razón de los productos y servicios contratados, de modo que, aunque éstos sean conocidos por el usuario, no puede conocer los que se seleccionarán a partir del uso de tales productos y servicios. Lo mismo puede decirse respecto de los datos de navegación y los obtenidos de las comunicaciones que se establezcan entre el cliente y la entidad.

En esta información se advierte al interesado que CAIXABANK podrá tratar “todos” los datos que “se generen en la contratación y operativas de productos y servicios”. Seguidamente pone algunos ejemplos, precedidos de la expresión “tales como” y finalizando con la expresión, “etc.”, cuyo empleo debe evitarse al ofrecer información en materia de protección de datos.

Tampoco los ejemplos que se indican son lo suficientemente descriptivos como para entender las categorías de datos que serán tratados (“movimientos”, “recibos”, “nóminas”, “siniestros” y “reclamaciones”). En relación con los “recibos domiciliados” se indica que se tratarán los “detalles” de los mismos; y respecto de todos esos ejemplos se indica, como ya se ha dicho, que se tratarán “todos” los datos.

A la vista de dicha información queda claro que CAIXABANK tratará datos personales generados en la contratación y operativa de productos y servicios contratados con esa entidad.

Con esa información no queda claro qué datos personales registrará CAIXABANK por cada “movimiento”, “recibo”, “nómina”, “siniestro” o “reclamación” (¿registrará el concepto y emisor correspondiente al pago de una cuota sindical?). Podría ocurrir, incluso, que la información recabada por la entidad responsable a partir de los productos y servicios contratados estuviera integrada por datos sensibles o categorías especiales de datos personales, por ejemplo, la cuota sindical ya mencionada o cuotas abonadas a partidos políticos, o a entidades de carácter religioso, o por uso de servicios prestados por entidades sanitarias o religiosas.

No se concluye que CAIXABANK realice tratamientos de datos personales como los indicados en el párrafo anterior. Se dice aquí, simplemente, en un fundamento que analiza la información ofrecida por CAIXABANK a sus clientes, que esta información es defectuosa en la medida en que no permite al destinatario de la información conocer con certeza todas las categorías de datos personales que se utilizarán por aquella entidad y que, incluso, la repetida información, por su falta de concreción, podría estar dando cobertura a una recogida y tratamiento de datos personales inaceptable.

La “Política de Privacidad” hace referencia, igualmente, a la utilización de datos personales generados de los productos y servicios contratados (“Básicamente, son tus datos identificativos y de detalle de la actividad profesional o laboral, tus datos de contacto y los datos financieros y socioeconómicos, tanto los que nos has facilitado como los que se generan de los productos o servicios contratados. También... podremos tratar datos que obtengamos de la prestación de servicios a terceros cuando seas el destinatario del servicio...”).

También al referirse a los datos personales que se utilizarán para tratamientos de datos basados en el interés legítimo de la entidad, el “Contrato Marco” informa sobre el uso de información “generada de los propios productos contratados durante el último año”. En este apartado del “Contrato Marco” relativo al interés legítimo se dice:

“También trataremos su información (movimientos de cuenta, movimientos de tarjeta, préstamos, etc.) para personalizar su experiencia comercial en nuestros canales en base a anteriores usos, para ofrecerle productos y servicios que se ajusten a su perfil, para aplicarle beneficios y promociones que tengamos vigentes y a los que tenga derecho, y para evaluar si podemos asignarle límites de crédito pre concedidos que pueda utilizar cuando lo considere más oportuno. En estos tratamientos utilizaremos únicamente información facilitada por usted, o generada de los propios productos contratados durante el último año”.

En este caso, la insuficiente información sobre las categorías de datos a tratar no está relacionada con la necesidad de que el consentimiento sea informado, dado que se trata de tratamientos basados en el interés legítimo de la entidad. Sin embargo, se tiene en cuenta la posible relación existente entre estos tratamientos de datos personales basados en el interés legítimo y los tratamientos basados en el consentimiento de los interesados. La utilización de datos personales en base al interés legítimo da lugar a la elaboración de perfiles, que pueden ser posteriormente utilizados para tratamientos con finalidades comerciales basados en el consentimiento de los interesados; y dichos datos personales, incluidos los perfilados se comunican a las sociedades del Grupo CaixaBank. Siendo así, los defectos en la información en relación con el tratamiento de datos en base al interés legítimo afectan por igual a la validez del consentimiento.

La obligación de informar sobre la categoría de los datos que se someterán a tratamiento se incumple también en relación con los datos que no son facilitados al responsable por el interesado, sino que se obtienen por éste de fuentes externas o son inferidos por la propia entidad. Facilitar información sobre las tipologías de datos personales sometidas a tratamiento que no se recaben directamente de los interesados se exige expresamente en el artículo 14.1 d) del RGPD.

Según lo detallado anteriormente, CAIXABANK no solo utiliza datos personales generados en la contratación y operativa de productos y servicios contratados con esa entidad, sino también los generados de productos y servicios contratados por el interesado con terceros (“Todos los que se generen en la contratación y operativas de productos y servicios... con las Empresas del Grupo CaixaBank o con terceros”). En relación con estos datos, se detallan los mismos ejemplos mencionados anteriormente (“movimientos”, “recibos”, “nóminas”, “siniestros” y “reclamaciones”), sobre los que sirven los reparos antes señalados respecto de los mismos.

Se deduce de ello que CAIXABANK, bajo la condición de responsable del tratamiento, recaba y utiliza datos personales que no obtiene directamente de los interesados. Se trata de

datos personales procedentes de terceros que CAIXABANK utiliza con las finalidades expresadas en la información facilitada a los interesados.

No es esta la única alusión a datos personales obtenidos de terceros, fuentes externas o inferidos por la propia entidad CAIXABANK contenida en el "Contrato Marco":

. En relación con los tratamientos necesario para la ejecución del contrato, se informa sobre la incorporación a los ficheros de la entidad de datos que se deriven de las relaciones comerciales de CAIXABANK y las empresas del Grupo con terceros; y datos confeccionados a partir de los anteriores.

. En el apartado que informa sobre "Tratamientos de datos de carácter personal con finalidades regulatorias", se incluyen las referencias siguientes:

"(ii) Se realizarán comprobaciones de la información facilitada por el Firmante contrastándola con fuentes externas, tales como las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social u otros organismos públicos, Registros Públicos, Boletines Oficiales, o empresas prestadoras de servicios de información".

"(iv) Se intercambiará (cederá y recibirá) la información de que disponga relativa al Firmante con las empresas del Grupo CaixaBank

(v) Se verificará el desempeño, actual o pasado de cargos de responsabilidad pública por parte del firmante.

(vi) Se verificará, con fuentes internas y externas, la relación del Firmante con sociedades y, en su caso, su posición de control en la estructura de propiedad de las mismas.

(vii) Se clasificará al Firmante en diferentes grados de conformidad con la Política de Admisión de Clientes, en función de la información facilitada y de la que resulte de la operativa efectuada por el Firmante".

. En el mismo subapartado relativo a los tratamientos de datos con finalidades regulatorias también se informa sobre la consulta de datos registrados en ficheros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (erróneamente incluido en este subapartado) y a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, CIRBE (erróneamente incluidos en este subapartado):

"7.3.3 Comunicación con ficheros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Se informa al Firmante que CaixaBank, en el estudio del establecimiento de Relaciones Comerciales, podrá consultar información obrante en ficheros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias".

"7.3.4 Comunicación de datos a la Central de Información de Riesgos del Banco de España

Se informa al Firmante del derecho que asiste a CaixaBank S.A. para obtener de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIR) informes sobre los riesgos que pudiera tener registrados en el estudio del establecimiento de Relaciones Comerciales".

. En el apartado 8, relativos a los tratamientos de datos basados en el consentimiento (y también en el "Contrato de Consentimientos") se añade expresamente que los datos del cliente "podrán ser complementados y enriquecidos por datos obtenidos de empresas proveedoras de información comercial, por datos obtenidos de fuentes públicas, así como por datos estadísticos, socioeconómicos (en adelante, "Información Adicional") siempre verificando que estos cumplen con los requisitos establecidos en las normas vigentes sobre protección de datos", sin facilitar ningún detalle sobre las categorías de datos personales que se obtendrán de estas fuentes externas.

Asimismo, la Política de Privacidad" incluye información sobre tratamientos de datos de salud "en la comercialización de determinados productos de seguro (salud, vida...)". Sobre estos datos personales, se aclara que el responsable es la compañía aseguradora:

"Cuando comercializamos estos productos, el responsable de los datos de salud es la compañía aseguradora, por ello queremos que sepas que todas las compañías aseguradoras cuyos productos comercializamos respetan y cumplen estrictamente la normativa de protección de datos".

Con la información facilitada, como se ha indicado anteriormente, no queda claro qué datos personales son tratados o qué datos registrará CAIXABANK.

La utilización por CAIXABANK de datos personales procedentes de productos y servicios de terceros, de fuentes externas o inferidos por la propia entidad, requiere que se facilite a los interesados la información adecuada y disponer de una base jurídica que ampare el tratamiento.

Cabe precisar que no se cuestiona en este caso la obtención de datos personales procedente de ficheros de cumplimiento de obligaciones dinerarias y de CIRBE para gestionar los productos y servicios contratados, siempre que resulte necesaria para la ejecución del contrato. Este es el fundamento que determina el acceso a esta información.

Sin embargo, la utilización de estos datos personales por parte de CAIXABANK no se limita a comprobar la situación del interesado para la formalización de una operación de riesgo, sino también con las finalidades basadas en el consentimiento. Teniendo en cuenta que en la cláusula o apartado 8 se informa sobre el tratamiento de "todos" los datos facilitados en el establecimiento o mantenimiento de relaciones comerciales o de negocio, se estima procedente que CAIXABANK informe sobre las categorías concretos de datos personales que se obtendrán de los ficheros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias y de la CIRBE.

Por otro lado, en el caso de datos personales procedentes de productos y servicios de terceros, la responsabilidad sobre estos datos personales corresponde a la entidad titular del producto adquirido por el interesado o prestadora del servicio contratado por el mismo.

Cuando se trata de productos o servicios de terceros comercializados por CAIXABANK, como en el caso de los productos de seguros, esta entidad accede a tales datos bajo la condición de encargada de tratamiento, por su intervención mediadora. Esta Agencia cuestiona la utilización de estos datos por parte de aquella entidad y con las finalidades que se señalan, considerando que no se trata de productos propios. La condición de encargada del tratamiento bajo la que intervine CAIXABANK en estos casos limita la posibilidad de utilizar la información de que se trate con fines propios.

En definitiva, se recogen y tratan datos personales sin que los titulares de los mismos sean conscientes de que CAIXABANK está accediendo a los mismos para registrarlos en sus sistemas de información, los somete a tratamientos sobre los que el cliente no es informado de forma clara, precisa y sencilla, y con finalidades no explícitas e indeterminadas, en contra de los principios relativos al tratamiento establecidos en el artículo 5 del RGPD (lealtad, limitación de la finalidad y minimización de datos), por cuanto, a partir de la información facilitada, considerando su inconcreción, el interesado no puede conocer, como señala el Tribunal Constitucional, "a qué uso lo está destinando y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos". Esta falta de precisión convierte en ineficaz la información facilitada

sobre los tratamientos de datos que se pretenden.

Lo indicado anteriormente contrasta con la información facilitada a través de la web de la entidad sobre los datos personales recabados de redes sociales:

- . *Twitter: Nombre, nombre de usuario, tweets e información del perfil de usuario, incluyendo biografía e información de ubicación.*
- . *Facebook: Identificador de usuario, dirección de correo electrónico, sexo, fecha de nacimiento, ciudad actual, y preferencias manifestadas por Usted mediante el click en "Me gusta" (o Likes).*
- . *LinkedIn: Usuario registrado, nombre y apellidos, dirección de correo electrónico, URL de perfil, información del perfil y Grupos.*

Y no solo no especifica qué datos someterá a tratamiento, sino que tampoco se informa debidamente en todos los casos sobre las categorías de datos personales concretas que se tratarán para cada una de las finalidades especificadas.

La necesidad de completar la información que se ofrece a los clientes en el sentido expresado resulta especialmente relevante cuando se trata de datos no facilitados por el cliente, sino inferidos por la propia entidad a partir del uso de productos, servicios y canales. No cabe admitir que toda la información se destine a todos los usos, que todos los datos recabados, del interesado o de terceros, o inferidos puedan utilizarse para todas las finalidades, sin delimitar.

Esto ocurre en relación con la finalidad expresada en el apartado 8 del "Contrato Marco" y en el "Contrato de Consentimientos" relativa a la "cesión de datos a terceros" con el consentimiento como base jurídica. Con la información que se ofrece no es posible que el interesado tenga una idea clara sobre los datos personales que se cederán a las entidades de los sectores que se indican.

A este respecto, El Dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29 antes citado, "Directrices sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679", adoptadas el 28/11/2017, revisadas y aprobadas el 10/04/2018, y revisadas nuevamente en mayo de 2020, al referirse a la obligación de informar sobre los datos que se recogerán y utilizarán, remite al Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, en tanto que "manifestación de voluntad específica":

"Para ser válido, el consentimiento debe ser específico. En otras palabras, el consentimiento indiscriminado sin especificar la finalidad exacta del tratamiento no es admisible.

Para ser específico, el consentimiento debe ser comprensible: referirse de manera clara y precisa al alcance y las consecuencias del tratamiento de datos. No puede referirse a un conjunto indefinido de actividades de tratamiento. Esto significa, en otras palabras, que el consentimiento se aplica en un contexto limitado.

El consentimiento debe darse en relación con los diversos aspectos del tratamiento, claramente identificados. Esto implica saber cuáles son los datos y los motivos del tratamiento. Este conocimiento debería basarse en las expectativas razonables de las partes. Por tanto, el "consentimiento específico" está intrínsecamente relacionado con el hecho de que el consentimiento debe estar informado. Existe un requisito de precisión del consentimiento con respecto a los diferentes elementos del tratamiento de datos: no puede pretenderse que abarque "todos los fines legítimos" perseguidos por el responsable del tratamiento. El consentimiento debe referirse al tratamiento que es razonable y necesario en relación con la finalidad".

En General, como se ha dicho, el principio de transparencia debe entenderse como un aspecto fundamental de los principios de tratamiento lícito y leal. Interesa reiterar lo expresado en los Considerandos 39 y 60 y las referencias que contienen a la necesidad de facilitar información para garantizar un tratamiento leal y transparente:

“39. Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dicho datos son o serán tratados... Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales”.

“60. Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales”.

Y en el también citado documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 “Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679”, adoptadas el 29/11/2017 y revisadas el 11/04/2018, que analiza el alcance que debe atribuirse al principio de transparencia, se indica:

“Una consideración fundamental del principio de transparencia esbozado en estas disposiciones es que el interesado debe poder determinar de antemano el alcance y las consecuencias derivadas del tratamiento, y que no debe verse sorprendido en un momento posterior por el uso que se ha dado a sus datos personales”.

En relación con la información sobre la categoría de datos personales que son recabados y utilizados por CAIXABANK, alega que el artículo 13 del RGPD no exige proporcionar a los interesados esta información de forma obligatoria, si bien, no obstante, ofrece un listado suficientemente descriptivo de los tipos de datos que se tratan en base al consentimiento, de conformidad con lo establecido en las Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679, del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD).

Asimismo, alega (i) que es suficiente la información que facilita sobre el tratamiento de datos de movimientos, recibos, nominas, siniestros y reclamaciones, considerando que se trata de productos y operativas del cliente, que conoce la información que incluyen; y (ii) que esa información no incluye datos sensibles.

Advierte al respecto que la obligación que pretende imponer la AEPD supondría, por un lado, la necesidad de informar sobre datos concretos, que implicaría una fatiga informativa difícil de vencer; y, por otro lado, supondría también informar sobre lo que no se hace, en base a una sospecha de tratamiento de datos sensibles.

Esta alegación no puede ser estimada, de acuerdo con los argumentos ya expuestos en este apartado. Considera esta Agencia que la reseña de aquellos conceptos (movimientos, recibos, nominas, siniestros y reclamaciones), sin incluir el detalle de las categorías de datos

que incluyen, es insuficiente para entender cumplida la obligación de informar sobre las categorías de datos personales que son recabados y sometidos a tratamiento y, en definitiva, para que el interesado pueda tener la información esencial y necesaria para la toma de sus decisiones y comprender lo que está autorizando, así como para el ejercicio de sus derechos.

Sin olvidar que aquellos conceptos se incluyen como ejemplos, precedidos de la expresión “tales como” y seguidos del término “etc.”.

En cuanto a la sospecha de esta Agencia sobre la posibilidad de que CAIXABANK pudiera estar amparando, con la información ofrecida, la recogida y tratamiento de categorías especiales de datos, debe reiterarse que la misma resulta de la propia información ofrecida en los documentos objeto de las actuaciones. Por un lado, se dice que podrán obtenerse datos de productos y servicios contratados por el cliente, “tales como movimientos de cuentas o tarjetas, detalles de recibos domiciliados, domiciliaciones de nóminas..., etc.”, y, por otro lado, se indica también que se recabarán “todos los datos que se generen en la contratación y operativas” de esos productos y servicios. Luego, nada impide entender que pudieran recabarse por CAIXABANK categorías de datos como emisor y concepto de los recibos domiciliados, que podrían estar referidos al pago de una cuota sindical, pagos a una entidad de atención sanitaria, cuotas a un partido político o donaciones a una entidad religiosa, asociaciones de la sociedad civil o a grupos de activismo político, que podrían servir para vincular al interesado con determinadas posiciones ideológicas, raza, religión, etc.

En cualquier caso, esta cuestión no ha determinado ninguna imputación a CAIXABANK por tratamiento de datos de esta naturaleza, si bien se incluye esta circunstancia, como se ha dicho, en la medida en que la información proporcionada es defectuosa y podría servir de cobertura para una recogida y tratamiento de datos personales inaceptable.

Lo expresado anteriormente sirve tanto para la obtención de datos personales generados en la contratación de productos y servicios con CAIXABANK, como los generados en la contratación de productos y servicios con terceros.

Por otra parte, en relación con la información sobre la categoría de datos personales que no se obtienen del interesado, CAIXABANK alega que cumple con esta obligación informando en la Cláusula 8 del “Contrato Marco” cuando se indica que “los datos del firmante podrán ser complementados y enriquecidos por datos obtenidos de empresas proveedoras de información comercial, por datos obtenidos de fuentes públicas, así como por datos estadísticos, socioeconómicos (en adelante, “Información Adicional”) siempre verificando que estos cumplen con los requisitos establecidos en las normas vigentes sobre protección de datos”.

Sin embargo, con esta información el interesado no tiene detalle sobre los tipos de datos que se recabarán de esas fuentes externas o como serán complementados y enriquecidos. No resulta suficiente a tales efectos con indicar que se recabarán datos de fuentes externas, de empresas proveedoras o fuentes públicas, que no son categorías de datos personales; y tampoco resulta suficiente con indicar que los datos del cliente se complementarán con datos estadísticos y socioeconómicos sin más detalle que delimite las categorías que se tratarán en realidad.

Nada se indica tampoco por CAIXABANK en sus alegaciones sobre los datos

confeccionados a partir de todos los anteriores.

También se alega por parte de CAIXABANK que no puede exigirse esta información en relación con las categorías de datos que se tratan en base al interés legítimo. Sin embargo, esta Agencia no exige esta información tal y como la expresa CAIXABANK. Lo que se defiende es la necesidad de informar en tales casos cuando la información tratada en base al interés legítimo, incluido los perfiles elaborados con esta base jurídica, se emplee también para tratamientos basados en el consentimiento.

Del mismo modo, en caso de tratamientos de datos personales basados en intereses legítimos realizados con datos personales que no se obtuvieron del interesado, la obligación de informar sobre las categorías de datos personales utilizados en ese tratamiento viene determinada, también, por lo establecido en el artículo 14 del RGPD.

También en relación con la información sobre las categorías de datos personales advierte CAIXABANK que mejora la información en su nueva Política de Privacidad. No hay más que ver la información sobre categorías de datos que CAIXABANK ha incluido en este nuevo documento, aportada a las actuaciones junto con sus alegaciones a la propuesta de resolución, para entender que la información analizada no puede entenderse satisfactoria, que no es suficiente con hacer referencia a movimientos de cuentas o tarjetas, recibos, nóminas, siniestros y reclamaciones. Sirven algunos ejemplos tomados de esta nueva Política de Privacidad para ilustrar sobre categorías de datos que no detalla CAIXABANK en los documentos objeto de las presentes actuaciones, ni el interesado podía deducir a partir de la información que se facilita: unidad o círculo familiar; datos fiscales; datos tributarios; información sobre inversiones realizadas y su evolución; o agrupación de clientes en categorías y segmentos en función de edad, patrimonio, operativa, hábitos de consumo, preferencias, demografía.

Finalmente, considera CAIXABANK que la incorporación de toda aquella información relativa a la tipología de datos daría lugar a un documento excesivamente extenso, susceptible de ocasionar fatiga informativa en los interesados. Las Directrices del GT29 sobre Transparencia recomiendan evitar esa consecuencia, pero tal propósito no puede tomarse como una justificación para omitir información necesaria. Obliga a estructurar la información adecuadamente, pero no a limitarla.

Esas Directrices exigen a los responsables del tratamiento demostrar responsabilidad proactiva en el desarrollo y utilización de métodos para dar cumplimiento a los requisitos de transparencia que eviten la fatiga del interesado. Aunque ofrecen numerosas recomendaciones y ejemplos de distintas modalidades para facilitar la información, se advierte que son los responsables del tratamiento los que deciden las herramientas de información de las que se sirven.

- *Información sobre las finalidades a que se destinarán los datos personales de los clientes y la base jurídica del tratamiento. Confusión de bases jurídicas.*

En cuanto a las finalidades a que se destinarán los datos personales de los clientes y la base jurídica del tratamiento, la entidad CAIXABANK, en el “Contrato Marco” refiere tratamientos similares en relación con finalidades distintas, amparadas en el interés legítimo

en unos casos y en el consentimiento en otros. Ello puede suponer que un tratamiento no consentido por el interesado se lleve finalmente a cabo al amparo del interés legítimo del responsable, desvirtuando la capacidad de los clientes de decidir sobre el destino de sus datos personales.

En relación con los tratamientos basados en el interés legítimo se facilita información sobre las finalidades en los términos siguientes:

- . “le remitiremos actualizaciones e información acerca de productos o servicios similares a los que ya tenga contratados”.
- . “personalizar su experiencia comercial en nuestros canales en base a anteriores usos”
- . “ofrecerle productos y servicios que se ajusten a su perfil”.
- . “aplicarle beneficios y promociones que tengamos vigentes y a los que tenga derecho”
- . “evaluar si podemos asignarle límites de crédito pre concedidos”.

En relación con los tratamientos basados en el consentimiento se facilita información sobre las finalidades en los términos siguientes:

- . “Estudiar productos o servicios que puedan ser ajustados a su perfil y situación comercial o crediticia”
- . “efectuarle ofertas comerciales ajustadas a sus necesidades y preferencias”
- . “Diseñar nuevos productos o servicios”
- . “definir o mejorar las experiencias de los usuarios en su relación con CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank”.
- . “Enviar comunicaciones comerciales tanto en papel como por medios electrónicos o telemáticos, relativas a los productos y servicios que, en cada momento: a) comercialice CaixaBank o cualquiera de las Empresas del Grupo CaixaBank b) comercialicen otras empresas participadas por CaixaBank y terceros”.

La información ofrecida puede provocar confusión, a un ciudadano medio, sobre la base jurídica que justifica el tratamiento, en el sentido expresado.

En este caso, vista de la Evaluación de Impacto, de 29/04/2019, que analiza el tratamiento de datos derivados del perfilado, junto con el informe de interés legítimo correspondiente a este tratamiento, aportada por CAIXABANK en la fase de prueba del presente procedimiento, se desprende que esta entidad era consciente de las deficiencias antes descritas, apreciadas en relación con la información sobre la base jurídica del tratamiento.

Los tratamientos de datos a los que se refiere esta Evaluación de Impacto consisten en la “Selección de público objetivo previo a la realización de campañas por distintos canales y elaboración de listados o informes no agregados con finalidad comercial” y el posterior “Impacto publicitario al público objetivo por distintos canales”. Para ambas finalidades, en esta evaluación se expresa, como “título habilitante”, el “consentimiento o interés legítimo, según corresponda”.

En concreto, sobre el “título habilitante” o base jurídica del tratamiento de datos personales consistente en la selección de público objetivo previo a la realización de campañas comerciales, se dice expresamente lo siguiente:

“2.1 (...) El primer tratamiento analizado responde a la necesidad de analizar y seleccionar de forma previa a cualquier impacto comercial el público objetivo de una potencial campaña... A los efectos de determinar el título habilitante del tratamiento de este tratamiento de datos, resulta

necesario discriminar entre aquellos clientes a los cuales se les haya facilitado los formularios de consentimiento de tratamientos de datos adaptado a los requerimientos del RGPD (clientes remediados) de aquellos clientes que no hayan recibido aún estos formularios actualizados.

Así, en referencia a aquellos clientes que hubieran consentido expresamente el tratamiento de sus datos con finalidades de perfilado previo al envío de comunicaciones comerciales, no cabría duda de que este tratamiento quedaría amparado.

Por otra parte, respecto de aquellos clientes que aún no hubieran prestado su consentimiento de forma expresa en los términos previstos en el contrato marco remediado al RGPD, sólo podría englobarse este tratamiento dentro del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento, y únicamente para aquellos clientes que no se hubieran opuesto expresamente al perfilado de sus datos o al envío de comunicaciones comerciales, lo cual, por lógica, debería ser una oposición a su inclusión en procesos de selección previa de público objetivo para la recepción de unas comunicaciones comerciales que, en última instancia, no podrán enviarse (lo anterior por cuanto el cliente no tendría expectativa razonable de que sus datos sean utilizados para dicha finalidad).

Respecto del tratamiento consistente en el “Impacto publicitario al público objetivo por distintos canales” se dice lo siguiente:

“Por último, respecto al tercer tratamiento, consistente en la ejecución práctica del resultado de los dos tratamientos antes analizado (perfilados para la selección del público objetivo de las campañas y realización de informes no agregados sobre los mismos), nuevamente nos encontramos ante un tratamiento que responde al mismo análisis jurídico que se ha descrito en el apartado 2.1 anterior.

Así, como regla general, y siguiendo el criterio refrendado por el Comité de Privacidad en fecha 15 de mayo de 2018, los tratamientos con finalidad comercial que no se basen en el consentimiento expreso del interesado, sólo podrán ampararse en el interés legítimo en caso de que se cumplan los requisitos descritos en el acta del referido Comité”.

Por otra parte, en el documento mediante el que el cliente suscribe el alta en el servicio de agregación se incluye como objeto del contrato la personalización de ofertas comerciales ajustadas al perfil y situación del contratante por parte de CAIXABANK y la mejora del análisis de riesgos e idoneidad para la contratación de productos y servicios solicitados por el contratante y la mejora de la gestión de impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados; y entre los tratamientos que se citan con la finalidad de gestionar el servicio se incluye la mejora de la gestión de impagos e incidencias y el seguimiento de los productos; mientras que en el “Contrato Marco” se requiere el consentimiento del cliente para llevar a cabo tratamientos de datos personales con estas finalidades (la mención a los tratamientos indicados en el objeto del contrato del servicio de agregación y en relación con la gestión del servicio ha sido suprimida en la nueva versión de este contrato aportada por CAIXABANK con su escrito de alegaciones).

La información sobre los fines, en general, está muy ligada al principio de limitación de la finalidad, regulado en el artículo 5.1 b) del RGPD, que establece lo siguiente:

“1. Los datos personales serán:

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»).”

La importancia de este principio viene determinada por su objeto, que no es otro que establecer los límites dentro de los cuales los datos personales pueden ser tratados y la medida en que pueden utilizarse, además de determinar los datos que podrán recopilarse.

Para ser “explícito”, un fin deberá ser inequívoco y expresarse claramente, con el detalle suficiente para que el interesado, cualquier interesado, conozca de forma cierta cómo serán o no tratados los datos y favoreciendo el ejercicio de sus derechos y la evaluación del cumplimiento de la normativa. Para ser “explícita”, la finalidad también deberá ser revelada, lo que debe tener lugar en el momento en que se recaban los datos personales

Sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 se pronunció en su Dictamen 03/2013, sobre limitación de los fines. En este trabajo, se consideró que deben rechazarse, por inespecíficas, las finalidades expresadas con fórmulas vagas o demasiado generales, tales como “mejorar la experiencia de los usuarios”, “propósitos de comercialización” o “investigación futura”.

En este Dictamen se indica que cuanto más complejo sea el tratamiento de los datos personales, los fines deben especificarse de manera más detallada y exhaustiva, “incluyendo, entre otras cosas, la forma en que se procesan los datos personales. También deben revelarse los criterios de decisión utilizados para la elaboración de perfiles de clientes”.

De acuerdo con lo expuesto, las finalidades para las que se tratarán los datos personales sobre las que CAIXABANK informa a sus clientes, no se ajustan a los mencionados requisitos de transparencia, especialmente si consideramos la ingente cantidad de datos personales que somete a tratamiento, individual o globalmente considerada, y los complejos procesos técnicos a los que son sometidos, sobre todo para la elaboración de perfiles, que son utilizados con todos los propósitos descritos en la información que ofrece a sus clientes:

- . “personalizar su experiencia comercial en nuestros canales”.*
- . “ofrecerle productos y servicios que se ajusten a su perfil”.*
- . “tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente”.*
- . “Estudiar productos o servicios que puedan ser ajustados a su perfil y situación comercial o crediticia”.*
- . “ofertas comerciales ajustadas a sus necesidades y preferencias”.*
- . “definir o mejorar las experiencias de los usuarios”.*

En las alegaciones de CAIXABANK se niegan, una vez más, las conclusiones obtenidas por esta Agencia del análisis de los documentos en cuestión, esta vez en relación con la confusión que provoca la información sobre los tratamientos de datos realizados en base al interés legítimo y en el consentimiento, antes destacadas, y, de nuevo, otra vez más, advierte que la Nueva Política de Privacidad “reconfigura las divergencias entre los tratamientos basados en el interés legítimo y en el consentimiento”.

Y tampoco en este caso ofrece ninguna explicación sobre las deficiencias anteriores, a las que CAIXABANK no se refiere.

- Información sobre el interés legítimo del responsable

Asimismo, los preceptos citados establecen la obligación del responsable de informar sobre los intereses legítimos en los que basa el tratamiento de los datos personales (los artículos 13 y 14 del RGPD establece la obligación de informar sobre “los intereses legítimos del responsable o de un tercero”). Sin embargo, la información ofrecida por CAIXABANK

queda indefinida en cuanto a la base del tratamiento, de modo que no fundamenta debidamente esta habilitación para el tratamiento de los datos, resultando, por ello, contraria al principio de transparencia.

El Considerando 47 del RGPD resulta especialmente clarificador en la tarea de precisar el contenido y alcance de esta base legitimadora del tratamiento, descrita en la letra f) del artículo 6.1 del RGPD. De lo expuesto en este Considerando, interesa destacar como criterio interpretativo, que la aplicación de esta base legitimadora ha de ser previsible para sus destinatarios, teniendo en cuenta sus expectativas razonables.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 elaboró el Dictamen 6/2014 relativo al “Concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE”, de fecha 09/04/2014. Aunque este Dictamen 6/2014 se emitió para favorecer una interpretación uniforme de la Directiva 95/46 entonces vigente, derogada por el RGPD, dada la casi total identidad entre su artículo 7.f) y el artículo 6.1.f) del RGPD, y habida cuenta de que las reflexiones que el Dictamen ofrece son exponente y aplicación de principios que inspiran también el RGPD -como el principio de proporcionalidad- o de principios generales del Derecho comunitario –el principio de equidad y de respeto a la ley y al Derecho- muchas de sus reflexiones son extrapolables a la aplicación de la normativa actual, el RGPD.

El Dictamen mencionado se refiere al “Concepto de interés” en los siguientes Términos:

“El concepto de “interés” está estrechamente relacionado con el concepto de “finalidad” mencionado en el artículo 6 de la Directiva, aunque se trata de conceptos diferentes. En términos de protección de datos, “finalidad” es la razón específica por la que se tratan los datos: el objetivo o la intención del tratamiento de los datos. Un interés, por otro lado, se refiere a una mayor implicación que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o al beneficio que el responsable del tratamiento obtenga -o que la sociedad pueda obtener- del tratamiento.

Por ejemplo, una empresa puede tener un interés en garantizar la salud y seguridad del personal que trabaje en su central nuclear. Por consiguiente, la empresa puede tener como finalidad la aplicación de procedimientos de control de acceso específicos que justifique el tratamiento de determinados datos personales específicos con el fin de velar por la salud y la seguridad del personal.

Un interés debe estar articulado con la claridad suficiente para permitir que la prueba de sopesamiento se lleve a cabo en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Además, el interés en juego debe también ser “perseguido por el responsable del tratamiento”. Esto exige un interés real y actual, que se corresponda con actividades presentes o beneficios que se esperen en un futuro muy próximo. En otras palabras, los intereses que sean demasiado vagos o especulativos no serán suficientes.

La naturaleza del interés puede variar. Algunos intereses pueden ser apremiantes y beneficiosos para la sociedad en general, tales como el interés de la prensa en publicar información sobre la corrupción gubernamental o el interés en llevar a cabo investigación científica (sujetos a las garantías adecuadas). Otros intereses pueden ser menos apremiantes para la sociedad en su conjunto o, en cualquier caso, el impacto de su búsqueda en la sociedad puede ser más dispar o controvertido. Esto puede, por ejemplo, aplicarse al interés económico de una empresa en aprender tanto como sea posible sobre sus potenciales clientes con el fin de orientar mejor la publicidad sobre sus productos y servicios”.

En el apartado conclusiones de este Dictamen se añade:

“El concepto de “interés” es la implicación más amplia que el responsable del tratamiento pueda tener

en el tratamiento, o el beneficio que este obtenga, o que la sociedad pueda obtener, del tratamiento. Este puede ser apremiante, claro o controvertido. Las situaciones a las que hace referencia el artículo 7, letra f), pueden variar, por tanto, del ejercicio de derechos fundamentales o la protección de intereses personales o sociales importantes a otros contextos menos obvios o incluso problemáticos.

...Debe estar articulado también con la claridad suficiente y debe ser lo suficientemente específico para permitir que la prueba de sopesamiento se realice en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Debe también representar un interés real y actual, es decir, no debe ser especulativo”.

El “interés” va más allá que la “finalidad”. En términos del GT29 representa “una mayor implicación que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o el beneficio que el responsable del tratamiento obtenga”; mientras que “finalidad”, en términos de protección de datos, “es la razón específica por la que se tratan los datos: el objetivo o la intención del tratamiento de los datos.

En este caso el “interés” no se expresa. La entidad CAIXABANK no informa en el “Contrato Marco” ni en la “Política de Privacidad” sobre ningún interés específico al referirse a los tratamientos de datos que tiene previsto realizar al amparo de esta base jurídica. Se limita a señalar los tratamientos que realiza con esta base jurídica y las finalidades, principalmente comerciales, para las que son tratados los datos personales, pero ningún interés legítimo de CAIXABANK en el sentido expresado.

Esta Agencia considera que estos tratamientos de los datos personales, tal como aparecen fundamentados en los documentos mediante los que se informa a los interesados en materia de protección de datos, no pueden ampararse en la base jurídica del interés legítimo, que exige una evaluación para determinar los intereses o derechos que prevalecen. Esta ponderación ha de tener en cuenta “las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable”, entendidas como lo que el interesado puede percibir o deducir como razonable por sí mismo en base a las circunstancias específicas que se dan en cada caso, lo que pudo prever en el momento de la recogida de datos de forma razonable.

El concepto “expectativa razonable” debe utilizarse siempre con moderación, atendiendo a la posición que ostentan responsable e interesado y a la naturaleza jurídica de la relación o servicio que les vincula, que podrían dar lugar al uso posterior de los datos personales de éste. Se tiene en cuenta el contexto para poder delimitar, en base a todo ello, el tratamiento ulterior de los datos que el interesado puede esperar que se realice. Esta “expectativa razonable” del cliente se tiene que deducir por sí misma.

La información que ofrece CAIXABANK sobre utilizaciones de datos basadas en el interés legítimo resulta contraria al planteamiento anterior, por cuanto dicha información es insuficiente para justificar esta habilitación legal y para realizar el juicio de ponderación que permita determinar si dichas razones prevalecen sobre los intereses y derechos del interesado, limitando la posibilidad de que el cliente pueda sopesar correctamente la actuación de la entidad. La determinación específica del interés de CAIXABANK, articulado con claridad suficiente, permitirá al interesado contraponer sus propios intereses. Posibilita, asimismo, un mejor análisis sobre la realidad y actualidad de dicho interés.

Todo ello sin olvidar lo ya indicado en relación con la utilización de términos imprecisos y formulaciones vagas en la información facilitada, en particular en lo relativo a la definición

de las finalidades.

Sobre el interés legítimo del responsable y la prueba de ponderación, el documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 “Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679”, adoptadas el 29/11/2017 y revisadas el 11/04/2018, ofrece los siguientes criterios:

“El interés específico en cuestión debe identificarse en beneficio del interesado. Como cuestión de buena práctica, el responsable del tratamiento también puede facilitar al interesado la información resultante del “examen de ponderación” que debe llevarse a cabo para poder acogerse a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra f), como base lícita para el tratamiento, con anterioridad a cualquier recogida de los datos personales de los interesados. Para evitar la fatiga informativa, esto puede incluirse dentro de una declaración/aviso de privacidad estructurado en niveles (véase el apartado 35). En cualquier caso, la posición del GT29 es que la información dirigida al interesado debe dejar claro que este puede obtener información sobre el examen de ponderación previa petición. Esto resulta fundamental para que la transparencia sea efectiva cuando los interesados duden de si el examen de ponderación se ha llevado a cabo lealmente o desean presentar una reclamación ante la autoridad de control”.

Por otra parte, en cuanto a los tratamientos de datos realizados en base al interés legítimo, tanto el “Contrato Marco” como la “Política de Privacidad” señalan los siguientes:

- . Envío de “actualizaciones e información acerca de productos o servicios similares a los que ya tenga contratados”.
- . Tratamiento de la información “personalizar su experiencia comercial en nuestros canales en base a anteriores usos”.
- . Oferta de productos y servicios “que se ajusten a su perfil”
- . Tratamientos de datos “para aplicarle beneficios y promociones que tengamos vigentes y a los que tenga derecho”
- . Tratamientos de datos “para evaluar si podemos asignarle límites de crédito pre concedidos”.

Sin embargo, se ha comprobado que CAIXABANK realiza otros tratamientos de datos personales en base al interés legítimo sobre los que no informa en ningún momento a los interesados. Así resulta del examen del Registro de las actividades de tratamiento de datos personales y evaluaciones de impacto aportadas por CAIXABANK durante la fase de pruebas, a requerimiento del instructor del procedimiento. En estos documentos se especifican, entre otros, los tratamientos basados en el interés legítimo siguientes:

- . Seguimiento de la actividad comercial y del cumplimiento de los retos de empleados.
- . Utilización de la base de datos de INFORMA EMPRESAS comprados por CaixaBank detallando los accionistas y administradores de empresas para cruzarla con información de CaixaBank para la realización de informes agregados.
- . Estructuración de información de servicios informativos en Datapool.
- . Monitorización de las actividades de los usuarios registradas en los sistemas y del tráfico de red para la protección frente a ciberataques, y la prevención del fraude en canales electrónicos.
- . Monitorización de las actividades y relaciones de los usuarios para prevenir el fraude y el mal uso de los sistemas de información de CaixaBank.
- . Realización de estudios por parte de CaixaBank cuyo resultado final es agregado y/o estadístico con la finalidad de profundizar en el conocimiento del comportamiento de la economía española o de sectores de la misma.
- . Comunicación de datos entre CaixaBank y las empresas participadas por ésta con la finalidad de

realizar informes internos (sin datos de carácter personal), que nos permitan, entre otros aspectos, realizar estudios de mercado y modelos matemáticos para establecer la estrategia de negocio del Grupo CaixaBank” (entre estas operaciones de tratamiento se incluye la realización de estadísticas de consumo y comercio para ponerla a disposición de terceros).

. Seguimiento del sector turístico a partir de los datos internos disponibles ((i) datos procedentes de la operativa de TPVs Comercia: PAN encriptado de las tarjetas, geolocalización del TPV, importe y hora de la transacción, sector de actividad asociado al comercio y país de emisión de la tarjeta); (ii) datos de operativa de tarjetas de clientes de CaixaBank Payments: porcentaje del gasto de clientes de CaixaBank Payments en TPV de Comercia sobre el total del gasto total de las tarjetas de clientes en TPV de terceras entidades, calculado a nivel de código postal).

Algunos de estos tratamientos, y otros más, también se mencionan en el documento denominado “Tratamientos de datos de carácter personal en base al interés legítimo”, al que puede accederse a través de la web “caixabank.es”, incorporado a las actuaciones por los Servicios de Inspección de la Agencia con fecha 07/01/2020, el cual consta reproducido en Anexo VI:

- . Seguimiento del cumplimiento de los objetivos, incentivos o premios fijados a nuestros empleados.
- . Comunicación de datos entre CaixaBank y las empresas participadas por ésta con la finalidad de realizar informes internos (sin datos de carácter personal), que nos permitan, entre otros aspectos, realizar estudios de mercado y modelos matemáticos para establecer la estrategia de negocio del Grupo CaixaBank.
- . Creación de modelos estadísticos (sin datos de carácter personal) que ayuden a la Entidad a conocer mejor las preferencias y gustos de nuestros clientes, colaborando en la mejora del diseño y ejecución de acciones comerciales, así como realizando informes agregados sobre el resultado de los modelos para llevar a cabo el seguimiento del comportamiento de los clientes.
- . Estructuración y perfilado de la información tratada por la Entidad para mantener los recursos y sistemas técnicos preparados para atender de manera eficiente las necesidades de gestión.
- . Control y supervisión de la actividad de la Entidad mediante muestreos y autoevaluaciones con la finalidad de identificar y valorar posibles riesgos en la comercialización de productos, controles y evaluar el cumplimiento de normas y reglamentos internos.
- . Control y supervisión de operativas con la finalidad de prevenir fraudes, tanto a clientes como a la propia Entidad.

Sin embargo, este documento no se facilita a los interesados ni consta ninguna referencia al mismo en el “Contrato Marco”, el “Contrato de Consentimientos” o en la “Política de Privacidad”, de modo que CAIXABANK no puede tener certeza sobre el acceso de los clientes a esta información ni está en situación de poder acreditar este acceso.

Sobre este documento denominado “Tratamientos de datos de carácter personal en base al interés legítimo” interesa destacar, asimismo, que la relación de tratamientos basados en el interés legítimo que contiene se presenta como un listado abierto que “será actualizado de forma permanente para incluir nuevos tratamientos, o dar de baja los que se dejen de realizar”. Este planteamiento de CAIXABANK debe rechazarse por cuanto podría dar lugar a la realización de tratamientos de datos sobre los que no se informa puntualmente a los interesados en los documentos que suscriben sobre protección de datos de carácter personal, como así ocurre en los ejemplos señalados.

Si no se informa debidamente a los interesados sobre los tratamientos, y menos aún sobre el concreto interés perseguido por el responsable con estos tratamientos sobre los que no se informa, difícilmente pueden éstos enfrentar los intereses legítimos de CAIXABANK a sus propios intereses y derechos, ni tienen oportunidad si quiera de ejercer el derecho de oposición.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, CAIXABANK no hace ninguna mención a esta falta de información sobre el interés legítimo perseguido, que supone un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13.1.d) del RGPD, ni tampoco a las demás circunstancias expresadas en el presente apartado.

- Información sobre elaboración de perfiles

Otro aspecto importante relativo al asunto analizado tiene que ver con la utilización de los datos personales para la elaboración de perfiles de los clientes, entendida como cualquier forma de tratamiento de datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física. Según el art. 13.1.c) del RGPD, el responsable debe informar al interesado de los fines del tratamiento, así como de su base jurídica, lo que supone que deberá informarle sobre la elaboración de perfiles cuando el responsable haya previsto tal finalidad y precisar la base jurídica que ampara el tratamiento con ese fin.

El artículo 11 de la LOPDGDD establece el contenido mínimo de la información básica que debe facilitarse al interesado:

*“2. La información básica a la que se refiere el apartado anterior deberá contener, al menos:
(...)*

Si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia”.

El Considerando 60 del RGPD también se refiere a la obligación de “informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración”.

Sobre los principios relativos al tratamiento de datos personales, cuando estos consistan en la elaboración de perfiles, las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 03/10/2017 y revisadas el 06/02/2018, señalan lo siguiente:

“La transparencia del tratamiento es un requisito fundamental del RGPD.

El proceso de elaboración de perfiles suele ser invisible para el interesado. Funciona creando datos derivados o inferidos sobre las personas (datos personales «nuevos» que no han sido directamente facilitados por los propios interesados). Las personas tienen distintos niveles de comprensión y les puede resultar difícil entender las complejas técnicas de los procesos de elaboración de perfiles y decisiones automatizadas”.

“Teniendo en cuenta el principio básico de transparencia que sustenta el RGPD, los responsables del tratamiento deben garantizar que explican a las personas de forma clara y sencilla el funcionamiento de la elaboración de perfiles o las decisiones automatizadas.

En particular, cuando el tratamiento implique la toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles (independientemente de si entran en el ámbito de las disposiciones del artículo 22), debe aclararse al usuario el hecho de que el tratamiento tiene fines tanto de a) elaboración de perfiles como de b) adopción de una decisión sobre la base del perfil generado

El considerando 60 establece que facilitar información acerca de la elaboración de perfiles forma parte de las obligaciones de transparencia del responsable del tratamiento según el artículo 5, apartado 1,

letra a). El interesado tiene derecho a ser informado por el responsable del tratamiento, en determinadas circunstancias, acerca de su derecho de oposición a la «elaboración de perfiles» independientemente de si se han producido decisiones individuales basadas únicamente en el tratamiento automatizado sobre la base la elaboración de perfiles».

“El responsable del tratamiento debe mencionar explícitamente al interesado detalles sobre el derecho de oposición según el artículo 21, apartados 1 y 2, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información (artículo 21, apartado 4).

Según el artículo 21, apartado 1, el interesado puede oponerse al tratamiento (incluida la elaboración de perfiles) por motivos relacionados con su situación particular. Los responsables del tratamiento están específicamente obligados a ofrecer este derecho en todos los casos en los que el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f)”.

La información objeto de las actuaciones se refiere a la elaboración de perfiles en numerosas ocasiones al describir las finalidades para las que se utilizarán los datos, o bien las finalidades que se detallan conllevan estas operaciones de perfilado. Así puede entenderse, por ejemplo, en relación con la personalización de ofertas o de la experiencia del cliente o la finalidad de “conocerte mejor”.

Por tanto, CAIXABANK realiza tratamientos de datos personales de sus clientes para proceder a su perfilado, que posteriormente utiliza. En la mayor parte de los supuestos en los que se refiere a la elaboración de perfiles o a la utilización de datos que sean resultado de actividades de perfilado, el fundamento de su acción está basado, conforme a la información que facilita a los interesados, en el consentimiento de éstos (Cláusula 8 del Contrato Marco); salvo en lo que se refiere a la “personalización de la experiencia” del cliente o envío de información en la que éste pueda tener interés, que CAIXABANK ampara en el interés legítimo, sobre el que ya se ha indicado que la información es insuficiente.

Por las razones ya expresadas en relación con la falta de justificación del interés legítimo, han de rechazarse las operaciones de tratamiento que incluyan la elaboración de perfiles o que estén basadas en estos perfiles y que tengan base legal en el interés legítimo del responsable.

Además, en relación con las operaciones de perfilado no se cumplen, a juicio de esta Agencia, las exigencias de información descritas. CAIXABANK se limita a informar sobre actuaciones que puede desarrollar adaptadas al “perfil de cliente” o “personalizadas”, pero no ofrece una información sobre el tipo de perfiles que se van a realizar, los usos específicos a que se van a destinar estos perfiles o la posibilidad de que el interesado pueda ejercer el derecho de oposición en aplicación del artículo 21.2 RGPD, cuando el perfilado esté relacionado con actividades de mercadotecnia directa.

En los términos del GT29, no se “explican a las personas de forma clara y sencilla el funcionamiento de la elaboración de perfiles” ni se les advierte sobre la adopción de decisiones “sobre la base del perfil generado”, independientemente de si entran en el ámbito de las disposiciones del artículo 22.

El concepto de perfilado no se trata de forma sistematizada por CAIXABANK. De hecho, en la Política de Privacidad solo se habla de “conocerte mejor, es decir, estudiar tus necesidades para saber qué nuevos productos y servicios se ajustan a tus preferencias y analizar la información que nos permita tener determinado por anticipado cuál es tu capacidad crediticia”, omitiendo la elaboración de perfiles, a pesar de que esta finalidad,

según aparece enunciada, precisa hacer un perfilado previo.

Esto supone un incumplimiento de lo establecido en el artículo 11 de la LOPDGD.

En este caso, además, las operaciones de tratamiento basadas en el perfilado del cliente van más allá de la mejora de la experiencia o del envío de ofertas comerciales ajustadas a las necesidades y preferencias del cliente, hasta el punto de que dicho perfilado se utiliza por CAIXABANK para el diseño de productos y servicios o mejorar el diseño y usabilidad de los existentes, es decir, para su propio negocio.

CAIXABANK dedica un subapartado de sus alegaciones a la elaboración de perfiles, pero sin ofrecer ninguna explicación sobre las deficiencias apreciadas, a las que no se refiere.

En relación con las operaciones de perfilado, en sus alegaciones a la apertura del procedimiento advierte CAIXABANK que se incluyeron tratamientos en la cláusula redactada en 2016 (se refiere a la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, la relativa a los tratamientos basados en el consentimiento del cliente), cuando no se disponía de criterios claros, que podrían ampararse en otra base jurídica distinta al consentimiento, como las obligaciones legales (control de fraudes y gestión de riesgos) o la relación contractual (seguimiento y adopción de medias recuperatorias). Añade que lo que se ha producido es un exceso de información.

Posteriormente, en sus alegaciones a la propuesta de resolución reitera esta alegación indicando que en esa cláusula se cometía el error (subsano en la Nueva Política de Privacidad), de listar operaciones de tratamiento que no tenían que ver con el consentimiento para perfilado. Y enumera los concretos tratamientos que, a su juicio, pueden ampararse en otra base jurídica distinta al interés legítimo (el listado de los tratamientos a los que se refiere esta alegación consta reseñado en el Fundamento de Derecho siguiente).

Sin embargo, esta alegación no guarda relación con las deficiencias apreciadas en la información ofrecida sobre la elaboración de perfiles, antes expresadas, y es objeto de análisis en el Fundamento de Derecho siguiente, en el apartado que examina los tratamientos de datos basados en el consentimiento de los interesados. Cabe aclarar ahora que ha sido la propia entidad CAIXABANK la que decidió amparar los perfilados en el consentimiento.

Por otra parte, procede añadir que las conclusiones expresadas no enjuician la información ofrecida por su amplitud (CAIXABANK alega un exceso de información y aporta un ejemplo de cláusula reducida), sino que se valora si es suficiente y adecuada a la norma.

En relación con esta cuestión de los perfilados, CAIXABANK alega que en la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, se informa sobre las finalidades indicando que se pide el consentimiento para el “análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de producto ajustados a su perfil de cliente”, y se informa sobre la elaboración de perfiles al explicitar las operaciones de tratamientos que comprenden esta finalidad (“Estudiar productos o servicios que puedan ser ajustados a su perfil y situación comercial o crediticia concreta”).

Ya se ha dicho anteriormente que la información ofrecida se refiere en ocasiones a la elaboración de perfiles al describir las finalidades para las que se usarán los datos personales. Pero esa información contenida en la Cláusula 8 del “Contrato Marco” no salva aquellas otras informaciones sobre finalidades que conllevan operaciones de perfilado sobre

las que no se advierte al cliente. Además, CAIXABANK no explica la falta de información, en general, sobre los tipos de perfiles y los usos a los que se van a destinar, de modo que el interesado tenga conocimiento claro del funcionamiento de esos perfilados y, sobre todo, de las consecuencias de su elaboración. Estas circunstancias no se mencionan por CAIXABANK en sus alegaciones, y nada se dice en las mismas para justificar que no se informe al interesado acerca de la posibilidad de ejercer el derecho de oposición, cuando así procede.

- Información sobre el ejercicio de derechos, posibilidad de reclamar ante la Agencia Española de Protección de Datos, existencia de un Delegado de Protección de Datos y sus datos de contacto y plazos de conservación.

Por otra parte, la información facilitada por CAIXABANK sobre el ejercicio de derechos, posibilidad de reclamar ante la Agencia Española de Protección de Datos, existencia de un Delegado de Protección de Datos y sus datos de contacto no es uniforme en todos los documentos analizados.

El “Contrato Marco” y la “Política de Privacidad” de CAIXABANK informan sobre los derechos que corresponden al interesado en materia de protección de datos personales, incluido el de revocación de los consentimientos otorgados, así como sobre los canales para ejercitarlos. Informan, asimismo, sobre la posibilidad de interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos y sobre la existencia de un Delegado de Protección de Datos del Grupo de empresas CaixaBank, con indicación de los medios para contactar con el mismo.

El “Contrato de Consentimientos” o documento de “Autorización/Revocación de consentimientos”, en cambio, en su versión 2, informaba sobre la posibilidad de ejercer los derechos, pero sin mencionar los que se establecen en la normativa aplicable, y tampoco hacía referencia a la existencia de un Delegado de Protección de Datos; si bien, estas deficiencias fueron subsanadas en la versión 3 del documento.

A referirse a la utilización de los datos en base al interés legítimo, el “Contrato Marco” advierte expresamente sobre la posibilidad de oponerse. En la Política de Privacidad no se menciona el derecho de oposición, pero se indica “... si prefieres que no lo hagamos, solo tienes que decírnoslo, en...”. También se informa sobre el derecho de oposición en el documento insertado en la web de CAIXABANK relativo al “Tratamiento de datos de carácter personal en base al interés legítimo”.

La información que se ofrece para el acceso a datos personales de los clientes en redes sociales informa sobre los derechos recogidos en la LOPD, no en el RGPD:

“Usted podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de acuerdo con la normativa de protección de datos. Para ejercitar estos derechos deberá dirigirse al domicilio de CaixaBank...”.

Asimismo, el contrato que regula el servicio de agregación informa sobre los derechos y canales para su ejercicio, la posibilidad de contactar con el Delegado de Protección de Datos y de reclamar ante esta Agencia, pero no menciona expresamente la posibilidad de revocar el consentimiento y sobre el derecho de oposición se indica lo siguiente:

“La no aceptación o la posterior oposición al tratamiento de sus datos, con las finalidades más adelante detalladas, implica que CaixaBank no podrá o (en su caso) deberá dejar de ofrecerle el servicio de agregación”.

Esta información se modifica en las nuevas estipulaciones del Contrato del Servicio de Agregación, en el que la información sobre el ejercicio de derechos queda como sigue:

“Ejercicio de Derechos

El titular de los datos podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, de acuerdo con la normativa, en las oficinas de CaixaBank, en el Apartado de Correos 209-46080 Valencia, en www.CaixaBank.com/ejerciciodederechos, o en las opciones habilitadas a tal efecto en su banca digital o móvil”.

- Información sobre plazos de conservación de los datos personales

Al igual que se indicó en relación con las cuestiones indicadas en el apartado anterior, la información facilitada sobre los plazos de conservación de datos tampoco es uniforme en los documentos objeto de las actuaciones.

En cuanto a la conservación de datos, el “Contrato Marco” incluye un apartado específico sobre esta cuestión (11.3) con el contenido siguiente:

“Sus datos serán tratados mientras permanezcan vigentes las relaciones contractuales o de negocio establecidas o las autorizaciones de uso comercial otorgadas.

Una vez revocadas las autorizaciones de uso, o bien a los seis meses de finalizadas las relaciones contractuales o de negocio establecidas, no siendo sus datos necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados, sus datos dejarán de tratarse.

De acuerdo con la normativa, los datos serán conservados a los únicos efectos de cumplir aquellas obligaciones legales impuestas a CaixaBank y/o Empresas del Grupo, y para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones, durante el plazo de prescripción de las acciones derivadas de las relaciones contractuales o de negocio suscritas”.

Sin embargo, en el apartado 7.1 “Tratamientos de datos de carácter personal con la finalidad de gestionar las Relaciones Comerciales” se indica que los datos se cancelarán con el cese de todas las relaciones comerciales, sin hacer mención al plazo de seis meses posterior a las relaciones comerciales:

“... en el momento de cancelación por el Firmante de todas las Relaciones Comerciales, los mencionados tratamientos de datos cesarán, siendo sus datos cancelados conforme a lo establecido en la normativa aplicable, conservándolos CaixaBank debidamente limitado su uso hasta que hayan prescrito las acciones derivadas de los mismos”.

Por otra parte, el denominado “Contrato de Consentimientos” o “Autorización/revocación para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del grupo CaixaBank”, por su parte, indicaba en su versión 2 que los datos serían tratados mientras permanecieran vigentes las autorizaciones de uso otorgadas o las relaciones contractuales o de negocio establecidas, pero sin advertir sobre la utilización durante los seis meses posteriores a la finalización de dichas relaciones contractuales. Ese período de utilización de los datos de seis meses fue añadido en la versión 3 de este documento, con un alcance similar al reseñado en el

“Contrato Marco”:

“Las autorizaciones que usted otorgue permanecerán vigentes hasta su revocación o, en ausencia de esta, hasta transcurridos seis meses desde que usted cancele todos sus productos o servicios con CaixaBank o cualquier empresa del Grupo CaixaBank”.

Similar contenido contiene el apartado de la “Política de Privacidad” relativo a la conservación de datos personales.

En ninguno de los casos se motiva la conservación de los datos durante los seis meses posteriores a las relaciones contractuales o de negocio.

La información relativa al acceso a datos personales de los clientes en redes sociales no contiene ninguna indicación sobre la conservación de datos personales; mientras que el contrato que regula el servicio de agregación, aunque informa que los datos se tratarán mientras permanezcan vigentes las relaciones contractuales, advierte que, en el caso de que los datos se traten de acuerdo con su consentimiento, podrán ser tratados mientras no lo retire, aun finalizada la relación. En el clausulado del contrato de este servicio de agregación se indica:

“Los datos serán tratados mientras permanezcan vigentes las relaciones derivadas de las relaciones contractuales, y serán conservados (durante el plazo de prescripción de las acciones derivadas de dichas relaciones) a los únicos efectos de cumplir las obligaciones legales requeridas, y para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones. Sin embargo, en el caso de que los datos se traten de acuerdo con su consentimiento, podrán ser tratados mientras no lo retire.

Sin perjuicio de lo anterior, CaixaBank le informa que procederá a eliminar de sus sistemas los datos recabados por el servicio de agregación:

(i) en el supuesto de eliminación de una entidad financiera, CaixaBank procederá a la eliminación de los datos de la entidad financiera eliminada.

(ii) en el supuesto que el contratante nos comunique su baja del Servicio, CaixaBank procederá a la eliminación de los datos de todas las terceras entidades financieras”.

(En el nuevo clausulado del Contrato del Servicio de Agregación se modifica la información sobre conservación de datos personales en relación con los tratamientos con finalidad comercial, indicando que serán tratados hasta la revocación del consentimiento o hasta transcurridos doce meses desde la finalización de la relación contractual).

CAIXABANK ha alegado que el plazo de conservación de seis meses posterior a la relación contractual es una medida autoimpuesta, que no existe obligación legal de motivar ese plazo y que la indicación de un plazo de seis meses en uno casos y doce en otros responde a que cada cliente tiene un contrato, por lo que no existe un plazo único de conservación.

Sobre esta cuestión conviene aclarar que no se juzga aquí la oportunidad y regularidad de esos plazos, si cumplen o no el principio establecido en el artículo 5 del RGPD, sino la información ofrecida, que no es uniforme en la información que se ofrece a los interesados. La propia entidad imputada ha resaltado en su escrito de alegaciones la conveniencia de regularizar esta información.

Estas diferencias en cuanto al plazo de conservación no pueden justificarse por el contrato que vincula al cliente con la entidad, dado que el plazo en cuestión no se refiere a la

conservación de los datos vinculados a la relación comercial, sino que se refiere a las autorizaciones de uso.

A lo largo del presente Fundamento de Derecho se han descrito las deficiencias apreciadas en relación con el cumplimiento del deber de información en materia de protección de datos por parte de CAIXABANK, que pueden resumirse, sucintamente, como sigue:

. La información ofrecida a los clientes de CAIXABANK no es uniforme. Los documentos dispuestos por CAIXABANK para informar a los clientes emplean una terminología diferente para referirse a las mismas cuestiones y no tienen el mismo contenido, por lo que no se ofrece la información con la misma amplitud en todos los casos.

. Se emplea una terminología imprecisa y formulaciones vagas, con significados ambiguos en algunos casos, y cuyo verdadero alcance no se desarrolla, dificultando que el destinatario de la información pueda concluir su alcance real y concreto.

. La información ofrecida sobre los tratamientos de datos personales basados en la relación contractual no permite valorar si todos los tratamientos incluidos en este apartado pueden ampararse en esa base jurídica.

. Información sobre las categorías de datos personales sometidos a tratamiento; y sobre las categorías de datos personales concretas que se tratarán para cada una de las finalidades específicas. No se cumple esta exigencia en relación con:

. Los tratamientos de datos cuya base jurídica venga determinada por el consentimiento del interesado, para los que se utilizan datos personales obtenidos a partir del uso de los productos y servicios contratados por el cliente, datos de navegación y los obtenidos de las comunicaciones que se establezcan entre el cliente y la entidad.

. Los tratamientos de datos cuya base legal venga determinada por el interés legítimo de CAIXABANK y que tengan por objeto la elaboración de perfiles que posteriormente se emplean para la realización de tratamientos de datos basados en el consentimiento del interesado.

. Los datos personales obtenidos por CAIXABANK de fuentes externas o inferidos por la propia entidad. Entre ellos se incluyen los datos obtenidos por CAIXABANK de productos y servicios contratados por los interesados con terceros, incluidos los de aquellos productos y servicios de terceros comercializados por CAIXABANK; así como los datos que deriven de las relaciones comerciales de la propia CAIXABANK con terceros y los datos confeccionados a partir de los anteriores.

. No se informa debidamente en todos los casos sobre las categorías de datos personales concretas que se tratarán para cada una de las finalidades especificadas.

. Información sobre las finalidades a que se destinarán los datos personales de los clientes y la base jurídica del tratamiento. Confusión de bases jurídicas.

. El “Contrato Marco” refiere tratamientos similares en relación con finalidades distintas, amparadas en el interés legítimo en unos casos y en el consentimiento en otros.

. El documento que suscribe el cliente para el alta en el servicio de agregación informa sobre finalidades ligadas al objeto del contrato que en el “Contrato Marco”, en cambio, se asocian a tratamientos para los que se requiere el consentimiento del cliente.

. Información sobre el interés legítimo del responsable:

. El “interés” no se expresa. La entidad CAIXABANK no informa en el “Contrato Marco” ni en la “Política de Privacidad” sobre ningún interés específico al referirse a los tratamientos de datos que tiene previsto realizar al amparo de esta base jurídica.

. La información es insuficiente para justificar esta habilitación jurídica y para realizar el juicio de ponderación que permita determinar si dichas razones prevalecen sobre los intereses y derechos del interesado, limitando la posibilidad de que el cliente pueda sopesar correctamente la actuación de la entidad.

. CAIXABANK realiza tratamientos de datos personales en base al interés legítimo sobre los que no informa en ningún momento a los interesados.

. El documento denominado “Tratamientos de datos de carácter personal en base al interés legítimo” incluye una relación de tratamientos basados en el interés legítimo que se presenta como un listado abierto.

. Información sobre elaboración de perfiles

. No se especifica el interés legítimo de CAIXABANK en la elaboración de perfiles para la “personalización de la experiencia” del cliente o envío de información en la que éste pueda tener interés.

. No se ofrece información sobre el tipo de perfiles que se van a realizar, los usos específicos a que se van a destinar estos perfiles o su funcionamiento y las consecuencias de su elaboración.

. No se informa sobre el ejercicio del derecho de oposición, cuando el perfilado esté relacionado con actividades de mercadotecnia directa.

. En la Política de Privacidad se omite la elaboración de perfiles en relación con la finalidad de “conocerme mejor, es decir, estudiar tus necesidades para saber qué nuevos productos y servicios se ajustan a tus preferencias y analizar la información que nos permita tener determinado por anticipado cuál es tu capacidad crediticia”.

. Información sobre el ejercicio de derechos, posibilidad de reclamar ante la Agencia Española de Protección de Datos, existencia de un Delegado de Protección de Datos y sus datos de contacto y plazos de conservación.

. El “Contrato de Consentimientos” informaba sobre la posibilidad de ejercer los derechos, pero sin mencionar los que se establecen en la normativa aplicable.

. En la Política de Privacidad no se menciona el derecho de oposición.

- . *La información que se ofrece para el acceso a datos personales de los clientes en redes sociales informaba sobre los derechos recogidos en la LOPD, no en el RGPD.*
- . *El contrato que regula el servicio de agregación no mencionaba expresamente la posibilidad de revocar el consentimiento y de ejercer el derecho de oposición.*
- . *La información sobre plazos de conservación de los datos personales no es uniforme:*
 - . *Según el apartado 11.3 del “Contrato Marco”, los datos personales dejarán de tratarse a los seis meses de finalizadas las relaciones contractuales; mientras que en el apartado 7.1 del mismo documento no se menciona dicho plazo y se informa que los tratamientos cesarán con la cancelación de las relaciones contractuales.*
 - . *El denominado “Contrato de Consentimientos”, en su versión 2, no advertía sobre la utilización de los datos personales durante los seis meses posteriores a la finalización de dichas relaciones contractuales. Ese período de utilización de los datos de seis meses fue añadido en la versión 3.*
 - . *La información relativa al acceso a datos personales de los clientes en redes sociales no contiene ninguna indicación sobre la conservación de datos personales.*
 - . *El contrato que regula el servicio de agregación informaba que los tratamientos de datos basados en el consentimiento del cliente podrán llevarse a cabo mientras no lo retire, aun finalizada la relación. En el nuevo clausulado de este contrato se indica que serán tratados hasta la revocación del consentimiento o hasta transcurridos doce meses desde la finalización de la relación contractual.*

CAIXABANK, en sus alegaciones, se limita a afirmar de manera genérica que cumple las exigencias establecidas en la normativa aplicable, en los artículos 13 y 14 del RGPD, o bien a negar las conclusiones expuestas, sin ofrecer en ningún caso justificación alguna sobre las irregularidades observadas, que ni siquiera menciona.

En muchas ocasiones, simplemente califica esos defectos o incumplimientos como un mero error al que no puede atribuirse ningún efecto. En otras ocasiones, al mismo tiempo que niega aquellos incumplimientos, admite los defectos y alega que el proceso de mejora desarrollado los ha subsanado. Llega a afirmar que no sostiene que la información fuera perfecta o que no hubiera errores, pero que eso no quiere decir que se haya producido incumplimiento alguno.

Así ocurre, por ejemplo, en relación con la falta de uniformidad de la información ofrecida; la confusión sobre las bases jurídicas que genera la información ofrecida de los tratamientos de datos realizados en base al interés legítimo y en el consentimiento; información sobre el interés legítimo perseguido y los tratamientos de datos personales realizados con finalidad comercial amparados en esta base jurídica; en relación con la elaboración de perfiles; o en relación con la información facilitada sobre el ejercicio de derechos y el plazo de conservación de datos.

En general, CAIXABANK presenta esa supuesta regularización como suficiente para impedir que se le exija cualquier tipo de responsabilidad, sin considerar que se trata de incumplimientos sustantivos o de fondo que afectan a la validez de la información y a

principios básicos de la protección de datos de carácter personal.

Por otra parte, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, CAIXABANK se refiere de forma prioritaria a la cuestión relativa a la compresión del texto, en relación con el empleo de una terminología imprecisa y formulaciones vagas, a pesar de que solo es uno de los muchos aspectos destacados en el resumen anterior. Alega la citada entidad que no se ha probado que las expresiones utilizadas no sean claras y comprensibles para el “integrante medio de la audiencia objetivo” (Directrices sobre Transparencia), conculcando el principio de presunción de inocencia, y aporta el resultado de una encuesta y un test de usuarios realizado por una empresa externa e independiente que, según CAIXABANK, acreditan que los clientes entienden perfectamente la información facilitada (los detalles de estos trabajos externos constan reseñados en el Antecedente Decimosegundo). A este respecto, aclara que con la aportación de estas pruebas está asumiendo una inversión de la carga de la prueba conculcadora de sus derechos fundamentales.

Estos estudios externos se realizaron mediante encuestas telefónicas a 171 clientes, la primera, y a 100 usuarios no clientes, la segunda.

La primera de esas encuestas consistió en leer al encuestado un extracto de la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, para realizarles posteriormente unas preguntas sobre la misma y verificar si entendieron que CAIXABANK y las empresas del Grupo CaixaBank analizarán sus datos personales, su historial de productos contratados y sus visitas a las Apps y sitios web para sugerirle otros productos y/o servicios adaptados al cliente; y si el cliente, a partir de ese texto, esperaba que esas entidades le enviarán publicidad por los canales que haya indicado.

En el segundo trabajo se trasladaron a los usuarios las pantallas de recogida de consentimiento, su dinámica y contexto, así como la integridad de la cláusula 8 del “Contrato Marco”, simulando la experiencia de un firmante de este documento en una oficina. A continuación, se les realizaron las mismas preguntas indicadas y otras relativas al análisis por CAIXABANK de los saldos de sus cuentas y edad para ofrecerle productos de inversión -como fondos o planes de pensiones- o el importe de sus compras con tarjeta para ofrecerle la financiación o el pago aplazado de los artículos que ha comprado; o que CAIXABANK y las empresas aseguradoras de su grupo analizarán conjuntamente los datos de su extracto para ofrecerle seguros alternativos a los que esté pagando; o si ha entendido el usuario que podrá recibir por correo electrónico publicidad de un seguro de vida de VidaCaixa de una tarjeta emitida por CaixaBank Payments & Consumer.

Aporta, también, CAIXABANK un informe de una empresa especializada en lingüística sobre el análisis realizado de dos cláusulas del “Contrato Marco”, una de ellas la Cláusula 8, en el que las recomendaciones realizadas son mínimas.

Con el resultado este estudio y de aquellas encuestas, según los cuales un porcentaje medio superior al 90% había entendido que la información ofrecida en la citada Cláusula 8 incluía el contenido de las preguntas, CAIXABANK pretende dar respuesta, no solo a la cuestión relativa al empleo de terminología imprecisa, sino también a otros muchos incumplimientos reseñados en el presente Fundamento de Derecho, como son la falta de concreción de las categorías de datos personales tratados, la falta de información sobre las finalidades y confusión de bases jurídicas.

Esta Agencia no comparte los planteamientos expresados por CAIXABANK en sus alegaciones. En los apartados que preceden se ha demostrado con rigor y detalle suficiente que CAIXABANK no cumple las exigencias de información establecidas y que los incumplimientos constatados no resultan de meros errores, por lo que debe rechazarse la exoneración de responsabilidad a CAIXABANK en base a la supuesta regularización de esos errores, cometidos por quien los invoca.

En cuanto a la falta de prueba sobre la no comprensión por los clientes de los textos analizados, alegada por CAIXABANK, se entiende que esta Agencia ha probado el uso de las expresiones que se citan en el apartado correspondiente de este Fundamento de Derecho y ha fundamentado suficientemente los motivos por los que la terminología y expresiones utilizadas deben ser rechazadas.

Se basa esta conclusión en criterios consolidados, como los expresados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en sus "Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679", que son conocidas por CAIXABANK. El Grupo de Trabajo del artículo 29 se estableció en virtud de la Directiva 95/46/CE con carácter consultivo e independiente, y cuyos dictámenes y recomendaciones sirven como elemento interpretativo en la materia que nos ocupa, admitido por la jurisprudencia. En la actualidad es el Comité Europeo de Protección de Datos el órgano con competencia para emitir directrices, recomendaciones y buenas prácticas a fin de promover la aplicación coherente del RGPD.

Por otra parte, el empleo de esas expresiones indeterminadas se produce a lo largo de todo el texto de los documentos que se analizan, y no solo en la Cláusula 8 del "Contrato Marco", a la que se refieren los estudios aportados por CAIXABANK. Por tanto, las conclusiones de esos estudios nada acreditan en contrario respecto de la indefinición de la información ofrecida, en general.

No se dice aquí que la información ofrecida no sea comprensible en su totalidad, ya que, obviamente, las dificultades para la comprensión de las expresiones ambiguas o indeterminadas afectan a las partes del texto en las que se emplean. Pero si puede decirse que la comprensión por el cliente de una parte del texto de un documento no significa que se entienda todo el texto de todos los documentos.

Y también cabe precisar que la información no es válida por el solo hecho de que resulte comprensible. Los estudios aportados no se refieren a aspectos importantes que son cuestionados en esta resolución, cuya comprensión por los clientes no modifica las conclusiones de esta Agencia y las consecuencias que conllevan los incumplimientos respectivos. Así puede decirse, como ejemplo, (i) en relación con los defectos apreciados sobre la falta de información de la base jurídica de los tratamientos: aunque los interesados entiendan que sus datos serán facilitados a las empresas del Grupo, esta circunstancia no salva la falta de información sobre la base jurídica de esa cesión de datos; o (ii) respecto de la utilización de datos personales obtenidos de "la contratación y operativas de productos y servicios con terceros": el hecho de que el cliente entienda que se utilizarán estos datos no salva la falta de información sobre las categorías de datos personales que se recaban y someten a tratamiento; o (iii) sobre los tratamientos de datos que se citan en la Cláusula 8 que tienen finalidad distinta de las tres señaladas en la repetida Cláusula 8: aunque el cliente entendiera estas actividades de tratamiento, no resuelve que se llevan a cabo sin base jurídica (como se verá en el Fundamento de Derecho siguiente).

Desde el punto de vista técnico, los trabajos realizados nada indican sobre la selección de la muestra de clientes a los que se realizó la entrevista (solo se indican que se han seleccionado personas que firmaron el “Contrato Marco” en el último año); los enunciados de las preguntas son esquemáticos, no precisos y aclaratorios del contenido de la información, y no tienen como objeto aspectos esenciales, como los relativos a los perfilados, su elaboración y utilización; y no resulta aceptable que la encuesta se realice sobre un extracto de la información, cuyo contenido, además, no coincide exactamente con el de la Cláusula 8 del “Contrato Marco”. Se trata, en definitiva, de una encuesta mínima en comparación con los fines y tratamientos de datos que se contemplan en la información facilitada por CAIXABANK a sus clientes en materia de protección de datos.

En consecuencia, de conformidad con las evidencias expuestas, los hechos descritos en el presente Fundamento de Derecho suponen una vulneración del principio de transparencia regulado en los artículos 13 y 14 del RGPD, que da lugar a la aplicación de los poderes correctivos que el artículo 58 del citado Reglamento otorga a la Agencia Española de Protección de datos.

VII

Los artículos 6 y 7 del mismo RGPD se refieren, respectivamente, a la “Licitud del tratamiento” y las “Condiciones para el consentimiento”:

Artículo 6 del RGPD.

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- 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.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.

3. 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.

La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del

tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

4. Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;*
- b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;*
- c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;*
- d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto;*
- e) la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización”.*

Artículo 7 del RGPD.

“1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.

En relación con lo establecido en los artículos reseñados, se tiene en cuenta lo expresado en los considerandos 32 (ya reseñado), 40, 41, 42 (ya reseñado), 43, 44 y 47 (ya citado en el Fundamento de Derecho anterior) del RGPD. De lo expresado en estos considerandos, cabe destacar lo siguiente:

(43) 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 desequilibrio 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. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

(44) El tratamiento debe ser lícito cuando sea necesario en el contexto de un contrato o de la intención de concluir un contrato.

Procede tener en cuenta, igualmente, lo establecido en el artículo 6 de la LOPDGDD:

“Artículo 6. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado

- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.*
- 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.*
- 3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.*

En el presente caso, CAIXABANK contempla en el “Contrato Marco” que suscriben los clientes la utilización de sus datos personales con las finalidades siguientes (excluidas las finalidades denominadas por dicha entidad como “regulatorias”):

- 1. Gestionar las relaciones comerciales: dar cumplimiento y mantener las mismas, verificar la corrección de la operativa, verificar la identidad del firmante, establecimiento y mantenimiento de las relaciones comerciales.*
- 2. Envío de información y actualizaciones acerca de productos o servicios similares a los que ya tenga contratados; personalizar la experiencia comercial del cliente en los canales de la entidad en base a anteriores usos, para ofrecerle productos y servicios que se ajusten a su perfil, para aplicarle beneficios y promociones que tengamos vigentes y a los que tenga derecho, y para evaluar si podemos asignarle límites de crédito preconcedidos que pueda utilizar cuando lo considere más oportuno.*
- 3. Finalidades comerciales:*
 - . Oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente.*
 - . Oferta comercial de productos y servicios de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank.*
 - . Cesión de datos a terceros.*
- 4. Cesión de datos personales a las empresas del Grupo CaixaBank.*
- 5. Gestionar la firma del cliente y, en su caso, verificar la identidad del firmante en sucesivas operaciones, mediante la utilización de métodos de contraste de patrones. Esta finalidad se persigue mediante el tratamiento de datos biométricos.*

En relación con estas finalidades, CAIXABANK se refiere al cumplimiento de la relación contractual como base legitimadora de las finalidades señaladas en el número 1

anterior; al interés legítimo como base legal para el uso de los datos con la finalidad señalada en el apartado 2 anterior; y al consentimiento en relación con finalidades señaladas en el apartado 3.

CAIXABANK no informa sobre ninguna base jurídica que habilite las cesiones de datos a las empresas del Grupo CaixaBank.

La información sobre el tratamiento de datos biométricos se incluyó inicialmente en el “contrato marco” como un subapartado del apartado 7 (“Tratamientos de datos de carácter personal basados en la ejecución de los contratos, obligaciones legales e interés legítimo y política de privacidad), pero sin especificar claramente la base jurídica del tratamiento; y actualmente se amparan en el consentimiento de los interesados.

- *Tratamientos de datos personales basados en el consentimiento de los interesados contemplados en el “Contrato Marco” (cláusula 8) y “Contrato de Consentimientos”.*

De acuerdo con lo expresado, el tratamiento de datos requiere la existencia de una base legal que lo legitime, como el consentimiento del interesado prestado válidamente, necesario cuando no concurra alguna otra base jurídica de la mencionadas en el artículo 6.1 del RGPD o el tratamiento persiga un fin compatible con aquel para el que se recogieron los datos.

El artículo 4 del RGPD) define el “consentimiento” como sigue:

“11) «consentimiento del interesado»: 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”.

El consentimiento se entiende como 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 conciernan, prestada con garantías suficientes para que el responsable pueda acreditar que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. Y debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o mismos fines, de modo que, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos de manera específica e inequívoca, sin que pueda supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de sus datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación comercial. A este respecto, la licitud del tratamiento exige que el interesado sea informado sobre los fines a que están destinados los datos (consentimiento informado).

El consentimiento ha de prestarse libremente. Se entiende que el consentimiento no es libre cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno; o cuando no se le permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato o prestación de servicio sea dependiente del consentimiento, aún cuando éste no sea necesario para dicho cumplimiento. Esto ocurre cuando el consentimiento se incluye como una parte no negociable de las

condiciones generales o cuando se impone la obligación de estar de acuerdo con el uso de datos personales adicionales a los estrictamente necesarios.

Sin estas condiciones, la prestación del consentimiento no ofrecería al interesado un verdadero control sobre sus datos personales y el destino de los mismos, y ello haría ilegal la actividad del tratamiento.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 analizó estas cuestiones en su documento "Directrices sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679", adoptado el 28/11/2017, revisadas y aprobadas el 10/04/2018.

Estas Directrices han sido actualizadas por el Comité Europeo de Protección de Datos el 04/05/2020 mediante el documento "Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679" (mantiene literalmente idénticas las parte que se transcriben a continuación). En este documento 5/2020 se dice expresamente que los dictámenes del Grupo de Trabajo del artículo 29 (WP29) sobre el consentimiento siguen siendo pertinentes, siempre que sean coherentes con el nuevo marco jurídico, declarando que esas directrices no sustituyen los dictámenes previos, sino que los amplían y completan.

De lo indicado en el documento del GT29 anteriormente citado, interesa ahora destacar algunos de los criterios relacionados con la validez del consentimiento, en concreto sobre los elementos "específico", "informado" e "inequívoco":

"3.2. Manifestación de voluntad específica

El artículo 6, apartado 1, letra a), confirma que el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos debe darse «para uno o varios fines específicos» y que un interesado puede elegir con respecto a cada uno de dichos fines. El requisito de que el consentimiento deba ser «específico» tiene por objeto garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado. Este requisito no ha sido modificado por el RGPD y sigue estando estrechamente vinculado con el requisito de consentimiento «informado». Al mismo tiempo, debe interpretarse en línea con el requisito de «disociación» para obtener el consentimiento «libre». En suma, para cumplir con el carácter de «específico» el responsable del tratamiento debe aplicar:

- i) la especificación del fin como garantía contra la desviación del uso,*
- ii) la disociación en las solicitudes de consentimiento, y*
- iii) una clara separación entre la información relacionada con la obtención del consentimiento para las actividades de tratamiento de datos y la información relativa a otras cuestiones.*

Ad. i): De conformidad con el artículo 5, apartado 1, letra b), del RGPD, la obtención del consentimiento válido va siempre precedida de la determinación de un fin específico, explícito y legítimo para la actividad de tratamiento prevista. La necesidad del consentimiento específico en combinación con la noción de limitación de la finalidad que figura en el artículo 5, apartado 1, letra b), funciona como garantía frente a la ampliación o difuminación gradual de los fines para los que se realiza el tratamiento de los datos una vez que un interesado haya dado su autorización a la recogida inicial de los datos. Este fenómeno, también conocido como desviación del uso, supone un riesgo para los interesados ya que puede dar lugar a un uso imprevisto de los datos personales por parte del responsable del tratamiento o de terceras partes y a la pérdida de control por parte del interesado.

Si el responsable del tratamiento se basa en el artículo 6, apartado 1, letra a), los interesados deberán siempre dar su consentimiento para un fin específico para el tratamiento de los datos. En consonancia con el concepto de limitación de la finalidad, con el artículo 5, apartado 1, letra b), y con el considerando 32, el consentimiento puede abarcar distintas operaciones, siempre que dichas operaciones tengan un mismo fin. Huelga decir que el consentimiento específico solo puede obtenerse cuando se informa expresamente a los interesados sobre los fines previstos para el uso de los datos

que les conciernen.

Sin perjuicio de las disposiciones sobre la compatibilidad de los fines, el consentimiento debe ser específico para cada fin. Los interesados darán su consentimiento entendiendo que tienen control sobre sus datos y que estos solo serán tratados para dichos fines específicos. Si un responsable trata datos basándose en el consentimiento y, además, desea tratar dichos datos para otro fin, deberá obtener el consentimiento para ese otro fin, a menos que exista otra base jurídica que refleje mejor la situación...

Ad. ii) Los mecanismos de consentimiento no solo deben estar separados con el fin de cumplir el requisito de consentimiento «libre», sino que también deben cumplir con el de consentimiento «específico». Esto significa que un responsable del tratamiento que busque el consentimiento para varios fines distintos, debe facilitar la posibilidad de optar por cada fin, de manera que los usuarios puedan dar consentimiento específico para fines específicos.

Ad. iii) Finalmente, los responsables del tratamiento deben facilitar, con cada solicitud de consentimiento separada, información específica sobre los datos que se tratarán para cada fin, con el objeto de que los interesados conozcan la repercusión de las diferentes opciones que tienen. De este modo, se permite a los interesados dar un consentimiento específico. Esta cuestión se solapa con el requisito de que los responsables faciliten información clara, tal y como se ha expuesto anteriormente en la sección 3.3”.

“3.3. Manifestación de voluntad informada...” (este apartado 3.3 ya reseñado en el Fundamento de Derecho anterior).

“3.4. Manifestación de voluntad inequívoca

El RGPD establece claramente que el consentimiento requiere una declaración del interesado o una clara acción afirmativa, lo que significa que siempre debe darse el consentimiento mediante una acción o declaración. Debe resultar evidente que el interesado ha dado su consentimiento a una operación concreta de tratamiento de datos...

Una «clara acción afirmativa» significa que el interesado debe haber actuado de forma deliberada para dar su consentimiento a ese tratamiento en particular. El considerando 32 ofrece orientación adicional sobre este punto...

El uso de casillas de aceptación ya marcadas no es válido con arreglo al RGPD. El silencio o la inactividad del interesado, o simplemente continuar con un servicio, no pueden considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección...

Un responsable del tratamiento debe tener también en cuenta que el consentimiento no puede obtenerse mediante la misma acción por la que el usuario acuerda un contrato o acepta los términos y condiciones generales de un servicio. La aceptación global de los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales. El RGPD no permite que los responsables del tratamiento ofrezcan casillas marcadas previamente o mecanismos de exclusión voluntaria que requieran la intervención del interesado para evitar el acuerdo (por ejemplo, “casillas de exclusión voluntaria”)...

Los responsables del tratamiento deben diseñar los mecanismos de consentimiento de manera que sean claros para los interesados. Deben evitar la ambigüedad y garantizar que la acción mediante la cual se presta el consentimiento se distinga de otras acciones...”.

En este documento se cita el Dictamen 15/2011 del GT29, sobre la definición del consentimiento. Sobre el consentimiento como manifestación de voluntad inequívoca, en este último Dictamen se indica:

“Para que el consentimiento se otorgue de forma inequívoca, el procedimiento de su obtención y otorgamiento no tiene que dejar ninguna duda sobre la intención del interesado al dar su consentimiento. En otras palabras, la manifestación mediante la cual el interesado consiente no debe

dejar lugar a ningún equívoco sobre su intención. Si existe una duda razonable sobre la intención de la persona se producirá una situación equívoca.

Como se describe a continuación, este requisito obliga a los responsables del tratamiento a crear procedimientos rigurosos para que las personas den su consentimiento...”.

“Este ejemplo ilustra el caso de la persona que permanece pasiva (por ejemplo, inacción o «silencio»). El consentimiento inequívoco no encaja bien con los procedimientos para obtener el consentimiento a partir de la inacción o el silencio de las personas: el silencio o la inacción de una parte es intrínsecamente equívoco (la intención del interesado podría ser de asentimiento o simplemente no realizar la acción)”.

“... el comportamiento individual (o más bien, la falta de acción), plantea serias dudas sobre la voluntad de acuerdo de la persona. El hecho de que la persona no realice una acción positiva no permite concluir que ha dado su consentimiento. Por tanto, no cumple el requisito de consentimiento inequívoco”. Además, como se ilustra a continuación, también será muy difícil para el responsable del tratamiento de datos aportar la prueba que demuestre que la persona ha consentido”.

La Cláusula 8 del “Contrato Marco” está dedicada al “Tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CAIXABANK y las empresas del grupo CaixaBank basados en el consentimiento”. Es lo que CAIXABANK denomina genéricamente “finalidades comerciales”, entre las que incluye: (i) análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente; (ii) oferta comercial de productos y servicios de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank; (iii) y cesión de datos a terceros.

El consentimiento del interesado es la base legal para el tratamiento de sus datos personales con tales finalidades.

La mencionada Cláusula 8 describe estos tratamientos como sigue:

“El detalle de los usos que se realizará conforme a sus autorizaciones es el siguiente:

(i) Detalle de los tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente.

Otorgando su consentimiento a las finalidades aquí detalladas, Usted nos autoriza a:

a) Realizar de manera proactiva análisis de riesgos y aplicar sobre sus datos técnicas estadísticas y de segmentación de clientes, con una triple finalidad: 1) Estudiar productos o servicios que puedan ser ajustados a su perfil y situación comercial o crediticia concreta, todo ello para efectuarle ofertas comerciales ajustadas a sus necesidades y preferencias, 2) Realizar el seguimiento de los productos y servicios contratados, 3) Ajustar medidas recuperatorias sobre los impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados.

b) Asociar sus datos con los de sociedades con las que tenga algún tipo de vínculo, tanto por su relación de propiedad como de administración, al efecto de analizar posibles interdependencias económicas en el estudio de ofertas de servicios, solicitudes de riesgo y contratación de productos.

c) Realizar estudios y controles automáticos de fraude, impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados.

Los tratamientos indicados en los apartados (i), (ii) y (iii) podrán ser realizados de manera automatizada y conllevar la elaboración de perfiles, con las finalidades ya señaladas. A este

efecto, le informamos de su derecho a obtener la intervención humana en los tratamientos, a expresar su punto de vista, a obtener una explicación acerca de la decisión tomada en base al tratamiento automatizado, y a impugnar dicha decisión.

d) Realizar encuestas de satisfacción por canal telefónico o por vía electrónica con el objetivo de valorar los servicios recibidos.

e) Diseñar nuevos productos o servicios, o mejorar el diseño y usabilidad de los existentes, así como definir o mejorar las experiencias de los usuarios en su relación con CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank.

(ii) Detalle de los tratamientos para la oferta comercial de productos y servicios de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank.

Otorgando su consentimiento a las finalidades aquí detalladas, Usted nos autoriza a:

Enviar comunicaciones comerciales tanto en papel como por medios electrónicos o telemáticos, relativas a los productos y servicios que, en cada momento: a) comercialice CaixaBank o cualquiera de las Empresas del Grupo CaixaBank b) comercialicen otras empresas participadas por CaixaBank y terceros cuyas actividades estén comprendidas entre las bancarias, de servicios de inversión y asegurador, tenencia de acciones, capital riesgo, inmobiliarias, viarias, de venta y distribución de bienes y servicios, de servicios de consultoría, ocio y benéfico-sociales.

El firmante podrá elegir en cada momento los diferentes canales o medios por los que desea o no recibir las indicadas comunicaciones comerciales a través de su banca digital, mediante el ejercicio de sus derechos, o mediante su gestión en la red de oficinas de CaixaBank”.

“(iii) Cesión de datos a terceros

Otorgando su consentimiento a las finalidades aquí detalladas, Usted nos autoriza a ceder sus datos a empresas con las que CaixaBank y/o las Empresas del Grupo CaixaBank tenga/n acuerdos, cuyas actividades estén comprendidas entre las bancarias, de servicios de inversión y asegurador, tenencia de acciones, capital riesgo, inmobiliarias, viarias, de venta y distribución de bienes y servicios, de servicios de consultoría, ocio y benéfico-sociales, con la finalidad de que estas empresas le hagan ofertas comerciales de productos por ellas comercializados.

En todo caso, producida una cesión de datos en virtud de su autorización, la empresa receptora de la comunicación informaría al firmante del tratamiento de sus datos y de su procedencia”.

Se detallan, asimismo, los datos personales de los clientes que se someten a los tratamientos citados:

“a) Todos los facilitados en el establecimiento o mantenimiento de relaciones comerciales o de negocio.

b) Todos los que se generen en la contratación y operativas de productos y servicios con CaixaBank, con las Empresas del Grupo CaixaBank o con terceros, tales como, movimientos de cuentas o tarjetas, detalles de recibos domiciliados, domiciliaciones de nóminas, siniestros derivados de pólizas de seguro, reclamaciones, etc.

c) Todos los que CaixaBank o las Empresas del Grupo CaixaBank obtengan de la prestación de servicios a terceros, cuando el servicio tenga como destinatario al firmante, tales como la gestión de transferencias o recibos.

d) Su condición o no de accionista de CaixaBank según conste en los registros de la entidad, o de las entidades que de acuerdo con la normativa reguladora del mercado de valores hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta.

e) Los obtenidos de las redes sociales que el firmante autorice a consultar

f) Los obtenidos de terceras entidades como resultado de solicitudes de agregación de datos solicitadas por el firmante

g) Los obtenidos de las navegaciones del firmante por el servicio de banca digital y otras webs de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank o aplicación de telefonía móvil de CaixaBank y las

Empresas del Grupo CaixaBank, en las que opere debidamente identificado. Estos datos pueden incluir información relativa a geolocalización.

h) Los obtenidos de chats, muros, videoconferencias o cualquier otro medio de comunicación establecida entre las partes.

Los datos del firmante podrán ser complementados y enriquecidos por datos obtenidos de empresas proveedoras de información comercial, por datos obtenidos de fuentes públicas, así como por datos estadísticos, socioeconómicos (en adelante, "Información Adicional") siempre verificando que estos cumplen con los requisitos establecidos en las normas vigentes sobre protección de datos".

En base a dicha información, CAIXABANK limita las opciones del cliente a la prestación de su consentimiento, por separado, para cada una de las tres finalidades (i), (ii) y (iii) indicadas. El resumen de lo manifestado por el cliente en relación con estas "autorizaciones" se traslada al encabezado del "Contrato Marco", al apartado relativo a los datos personales y económicos del cliente, en el epígrafe "Autorizaciones para el tratamiento de datos". A continuación, se reseña un ejemplo:

"Autorizaciones para el tratamiento de los datos

En los términos establecidos en la cláusula 8 y 9 del presente Contrato, sus autorizaciones para el tratamiento de los datos son las siguientes:

Finalidades comerciales:

- . Finalidad de estudios y perfilado: Usted ha manifestado su no aceptación y consentimiento al tratamiento de sus datos.*
- . Finalidad de comunicación de ofertas de productos, servicios y promociones: Usted ha manifestado su no aceptación y consentimiento al contacto con finalidades comerciales por cualquier canal o medio, incluidos los medios electrónicos.*
- . Cesión de datos a terceros: Usted ha manifestado su no aceptación a la cesión a terceros de sus datos".*

Posteriormente, de las comprobaciones realizadas en la inspección desarrollada en fecha 28/11/2019 y de la documentación aportada por CAIXABANK con su escrito de 20/11/2019, se constata que se ha añadido un cuarto consentimiento, relativo al tratamiento de datos biométricos:

"4. Uso de mis datos biométricos (imagen facial, huella dactilar, etc.) con la finalidad de verificar mi identidad y firma: Esta autorización se complementará en cada caso con el registro de los datos biométricos a utilizar en cada momento. Para poder verificar la identidad/firma de sus clientes, Caixabank utiliza métodos de reconocimiento biométrico como sistemas de reconocimiento facial, lectura de huella dactilar y similares. Actualmente, algunos de nuestros cajeros ya permiten realizar operaciones utilizando estos métodos.

() Sí, acepto el uso de mis datos biométricos

() No".

Estima esta Agencia que dichos consentimientos (cuatro) no cumplen las condiciones para que la manifestación de voluntad del interesado se considere válidamente prestada, lo que convierte en ilegales los tratamientos de datos que realiza CAIXABANK en base al consentimiento del interesado.

La manifestación que realiza el cliente para prestar esos consentimientos puede considerarse un acto afirmativo, pero no una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca de aceptar los tratamientos de datos de carácter personal que le conciernan, prestada con garantías suficientes para acreditar que es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace.

En este caso, el consentimiento no puede considerarse libre porque con la firma del contrato se imponen al cliente aspectos esenciales relativos al tratamiento de sus datos personales, mermando su capacidad de elección; como es el intercambio de información que CAIXABANK realiza con las entidades que integran el Grupo CaixaBank, que será analizado más adelante.

Por otra parte, tal como aparece configurado el mecanismo para la prestación del consentimiento, no se ha previsto que el interesado exprese su opción sobre todos los fines para los que se tratan los datos. CAIXABANK lleva a cabo tratamientos de datos que figuran agrupados en una de las finalidades indicadas, pero que persiguen una finalidad distinta a aquellas sobre las que el interesado se pronuncia. La enumeración de los tratamientos que la citada entidad realiza para cada uno de los fines sobre los que se ofrece al cliente la opción de consentir o no, en realidad supone una ampliación de los fines, por lo que el consentimiento prestado no puede considerarse específico al no haberse disociado suficientemente las solicitudes de consentimiento.

CAIXABANK considera que la agrupación de consentimientos incluidas en la cláusula 8 es adecuada y que todos los tratamientos incluidos en la misma son matices de una mismo perfilado, como puede comprobarse con las depuraciones convenientes.

Esta Agencia no comparte esa opinión. Se habla en el apartado (i) de tratamientos para “la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente”, sobre los que el cliente se pronuncia. Sin embargo, se añaden después finalidades como “ajustar medidas recuperatorias sobre los impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados”, “analizar posibles interdependencias económicas en solicitudes de riesgo y contratación de productos”, “valorar los servicios recibidos” o “diseñar nuevos productos o servicios, o mejorar el diseño y usabilidad de los existentes, así como definir o mejorar las experiencias de los usuarios en su relación con CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank”.

El apartado (ii) agrupa en una sola manifestación de voluntad del interesado el envío de comunicaciones comerciales relativas a productos y servicios de CAIXABANK, las empresas del Grupo CaixaBank y de terceros.

El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines y, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos, si bien mediante una manifestación de voluntad expresada para cada uno de los fines de forma separada o diferenciada, permitiendo al interesado optar por elegir todos, una parte o ninguno de ellos. Según lo expresado en el Considerando 43, no puede entenderse libremente prestado el consentimiento al no haberse permitido “autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto”. En el considerando 32 se afirma que “el consentimiento debe abarcar todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo fin o fines. Cuando el procesamiento tenga múltiples propósitos, debe darse el consentimiento para todos ellos”.

“Cuando el tratamiento de datos se realiza con varios fines, la solución para cumplir con las condiciones de consentimiento válido reside en la granularidad, es decir, la separación de estos fines y la obtención de consentimiento para cada fin” (Directrices del GT29).

Entender que la prestación del consentimiento para aquellas finalidades supone la aceptación de todos los tratamientos que se incluyen dentro de tales finalidades, cuando en realidad algunos de estos tratamientos persiguen finalidades distintas, como se ha dicho, no cumple esta exigencia de separación de los fines y prestación del consentimiento para cada uno de ellos.

En relación con la incorrecta agrupación de consentimientos, una mención separada requiere la indicación que se contiene en la Cláusula 8 en relación con los tres primeros tratamientos que se enumeran en el apartado (i), según la cual esos tratamientos podrán ser realizados de manera automatizada y conllevar la elaboración de perfiles. Es obvio que estos tratamientos automatizados requieren un consentimiento del cliente explícito que no se recaba en legal forma.

El consentimiento prestado, además, no se considera informado. Ya se ha dicho aquí la importancia de facilitar información a los interesados antes de obtener su consentimiento, esencial para que puedan tomar decisiones habiendo comprendido qué está autorizando. Si el responsable no proporciona información accesible, el control del usuario será ilusorio y el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Lo expuesto en el Fundamento de Derecho IV, sobre los reparos observados en la información que CAIXABANK facilita en materia de protección de datos de carácter personal, afectan por igual al consentimiento que hubiera podido prestarse. Sirven, a tales efectos, las observaciones o reparos realizados en dicho Fundamento de Derecho sobre el lenguaje empleado, la información poco clara e indeterminada sobre los tratamientos de datos personales y la falta de una formulación clara e inteligible de las finalidades para las que serán utilizados, así como la falta de información sobre las categorías concretas de datos que se tratarán para cada una de las finalidades especificadas.

Estas deficiencias impiden a los interesados conocer el sentido y significado real de las indicaciones facilitadas y el alcance real del consentimiento que pudieran prestar, haciéndolo inválido al no tratarse de un consentimiento informado, en relación con las operaciones de recogida de datos o tratamientos de datos respecto de los cuales se apreciaron aquellos defectos en la información, incluido el tratamiento de aquellos datos que no hayan sido facilitados directamente por el interesado o que no sean necesarios para el cumplimiento de la relación contractual que le vincule con la entidad.

La falta de información es evidente si se tiene en cuenta el proceso habilitado por CAIXABANK para recabar los consentimientos de los clientes para el tratamiento de sus datos personales, ya sea de forma presencial en oficinas de la entidad, a través del portal web (para nuevos clientes o a través del área personal habilitada en la web) o de la aplicación móvil. Estos procedimientos constan reseñados en detalle en los Antecedentes de este acto y en los Hechos Probados.

Cabe destacar la recogida de consentimientos llevada a cabo de forma presencial en las oficinas de la entidad, que se formaliza con la firma del "Contrato Marco". CAIXABANK ha introducido varias modificaciones en este mecanismo desde la entrada en vigor del RGPD.

En mayo de 2018 (así consta en la respuesta de CAIXABANK de 16/05/2018), las respectivas manifestaciones de voluntad del interesado se expresaban de forma verbal en una entrevista dirigida por el empleado, que cumplimenta las opciones marcando las casillas

correspondientes en la pantalla respectiva, las cuales se hacen constar en el documento (“Contrato Marco”) que se imprime posteriormente, cuando el cliente ya se ha pronunciado. Consta acreditado que las manifestaciones verbales del cliente expresando sus opciones sobre los tratamientos y fines indicados, así como la firma del documento, se llevan a cabo sin que el mismo haya tenido acceso a la información que consta en el “Contrato Marco”.

Posteriormente, según informó CAIXABANK, se dotó a toda la red de oficinas de tabletas digitalizadoras, posibilitando que el “Contrato Marco” y el “Contrato de Consentimientos” se firmen, no en papel, sino en la propia tableta. El “Contrato Marco” se suscribe por el cliente sin tener acceso al documento, lo que equivale a decir que presta su consentimiento sin que CAIXABANK le facilite información alguna.

La respuesta, de 03/05/2019, efectuada por CAIXABANK al traslado de la reclamación presentada por FACUA acompaña un Anexo referido a la formación impartida a los empleados de CAIXABANK, en relación con la solicitud del consentimiento, en el que se indica:

“En oficinas recogeremos el consentimiento de nuestros clientes en el contrato marco. En el proceso de alta de nuestro contrato marco, te aparecerá la pantalla siguiente que deberás cumplimentar de acuerdo con las respuestas del cliente.

(pantalla)

Tras haber cumplimentado esta pantalla y haberse firmado digitalmente el documento, el contrato marco que se imprimirá recogerá las preferencias de tu cliente en la cláusula 8”.

En la inspección realizada a CAIXABANK en fecha 28/11/2019, se comprobó un nuevo cambio en el proceso antes descrito, consistente en disponer la entrega de una tableta digital al cliente para que él mismo marque las opciones de consentimientos correspondientes, pero no modifica las circunstancias anteriores.

El sistema guía al gestor en todo el proceso, advirtiéndole que debe consultar al cliente sus preferencias y facilitarle físicamente la tablet para que el propio cliente proceda a marcar sus opciones. Una vez marcadas las preferencias, el propio terminal le indica que dichas preferencias han sido registradas y le invita a devolver el dispositivo al gestor (una vez marcadas las opciones por el cliente, en la pantalla siguiente desaparece la indicación “Modo Tablet” y se expresa lo siguiente: “Sus consentimientos se han indicado. Gracias por su colaboración. Por favor devuelva la Tablet a su gestor”). Posteriormente, “el gestor finaliza y consolida el documento y lo facilita para su firma al cliente”.

Se comprobó que las pantallas “Modo Tablet. Cliente” no contienen ningún enlace a la información en materia de protección de datos personales contenida en el “Contrato Marco”.

En el proceso de alta a través de la web, el sistema muestra una pantalla que permite al cliente marcar las opciones “Sí” o “No” para cada uno de los consentimientos que se solicitan. Esta pantalla incluye un símbolo (i) que conduce a otra pantalla con un mensaje sobre la información en materia de protección de datos y un enlace que lleva hasta la misma. Sin embargo, la información que se ofrece es insuficiente porque únicamente recoge la correspondiente a la cláusula 8 “Tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CaixaBank y empresas del Grupo CaixaBank basados en el consentimiento” del Contrato Marco. En este caso, según informó CAIXABANK, en la pantalla de firma se incluye una casilla para marcar “He leído y acepto el contrato”.

El mismo reparo sobre la información ofrecida presenta el proceso habilitado para la prestación de los consentimientos en el espacio privado del cliente en la web de “Caixabank Now” y cuando éste utiliza la aplicación móvil, que redirige al portal Web.

Estos procesos no aseguran que el interesado acceda a la información con carácter previo a la selección de sus consentimientos y firma del documento en todos los casos, lo que ocurre tanto en relación con el “Contrato Marco” como con el “Contrato de Consentimientos”.

Por tanto, devienen en ilícitos todos los tratamientos detallados cuya base legal venga determinada, conforme a lo expresado por la propia entidad CAIXABANK, por el consentimiento de los interesados.

Sobre la cuestión analizada en este apartado, relativa a los tratamientos de datos personales basados en el consentimiento de los interesados, CAIXABANK, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, se limita a afirmar que los consentimientos obtenidos son libres, específicos, inequívocos y suficientemente informados. Señala simplemente que el cliente tiene la absoluta libertad de otorgarlos o no, sin consecuencias negativas asociadas y sin condicionalidades, que no existe una combinación de diferentes finalidades bajo un mismo consentimiento, y que el interesado otorga su consentimiento mediante una acción afirmativa.

Sin embargo, omite cualquier justificación sobre las irregularidades que se han detallado y que fundamentan la conclusión sobre la falta de base jurídica de los tratamientos que CAIXABANK realiza en base al consentimiento.

Frente a los importantes reparos mencionados en relación con los tratamientos de datos que persiguen una finalidad distinta a aquellas sobre las que el interesado presta su consentimiento, manifiesta CAIXABANK que en la Cláusula 8 del “Contrato Marco” y en el “Contrato de Consentimientos” se desglosan las tres únicas actividades, tres fines, que se realizan al amparo del consentimiento (el perfilado de datos para ofrecer a los clientes productos que puedan ser de su interés; la elección del canal de comunicación de las ofertas; y la posibilidad de ceder los datos a terceros). Y añade que aquellos tratamientos sobre los que el cliente no tiene oportunidad de pronunciarse no se llevan a cabo (no dice cuáles), o están amparados por otra base legal, o son más sencillos y limitados de lo que la AEPD entiende.

Califica como un “error” que no rompe el principio de especificidad el hecho de incluir dentro de los ejemplos algunas operaciones de tratamiento que debían haber sido incluidas en otras bases jurídicas, entre los tratamientos que se realizan en base a la ejecución de los contratos o en cumplimiento de leyes. Añade que ha sido subsanado en la Nueva Política de Privacidad incluyendo esas actividades en sus respectivos y correctos epígrafes (tratamientos en ejecución de una relación contractual o por obligación legal).

A este respecto, en su alegación cuarta, al referirse a la información sobre la elaboración de perfiles, también alega este “error” y enumera las operaciones de tratamiento que, a su juicio, no tienen que ver con el consentimiento:

- “- Realizar el seguimiento de los productos y servicios contratados, que es claramente un tratamiento necesario para la ejecución de la relación contractual según se establece en el art. 6.1.b)*
- Ajustar medidas recuperatorias sobre los impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados también claramente un tratamiento necesario para la ejecución de la relación*

contractual según se establece en el art. 6.1.b)

- Asociar sus datos con los de sociedades con los que tenga algún tipo de vínculo, tanto por su relación de propiedad, como de administración, al efecto de analizar posibles interdependencias económicas en el estudio de ofertas de servicios, solicitudes de riesgo y contratación de productos, que es un tratamiento necesario para la ejecución de la relación contractual según se establece en el art. 6.1.b), y obligatorio para cumplir con la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y demás obligaciones y principios de las normativas sobre concesión de préstamo responsable, y de cuyo detalle se informa en las propias solicitudes de productos que los clientes suscriben al pedir su contratación.

- Realizar estudios y controles automáticos de fraude, impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados, que es claramente un tratamiento en base al interés legítimo de CaixaBank, según se establece en el art. 6.1.f), interés que se resume en el interés de evitar fraudes que le supongan pérdidas económicas o reputacionales.

- Realizar encuestas de satisfacción por canal telefónico o por vía electrónica con el objetivo de valorar los servicios recibidos, que es un tratamiento necesario para la ejecución de la relación contractual según se establece en el art. 6.1.b), y vinculado a la autorización para el uso del canal concreto.

- Diseñar productos o servicios, o mejorar el diseño y usabilidad de los existentes, así como definir o mejorar las experiencias de los usuarios en su relación con CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank, que es un tratamiento que no se realiza con datos personales, si no analizando estadísticas y datos agregados tras procesos de anonimización”.

Con esta alegación se está reconociendo que estas operaciones tienen finalidades distintas a las expresadas en la Cláusula 8 del “Contrato Marco” y en el “Contrato de Consentimientos” bajo las que se agrupan los consentimientos sobre los que se pronuncia el cliente, y también que no es cierto que las actividades de tratamiento que se mencionan en aquellos documentos puedan agruparse en las tres únicas finalidades que se desglosen. Si esos tratamientos pudieran tener una base jurídica distinta al consentimiento, está claro que son tratamientos distintos y que persiguen finalidades distintas. Ello es evidente si consideramos que todos los tratamientos a los que se refiere CAIXABANK en sus alegaciones, los recogidos en la lista anterior, están ligados en la Cláusula 8 del “contrato Marco” al “Tratamiento de datos con finalidades comerciales por CAIXABANK y las empresas del Grupo CaixaBank”, y “los usos que se realizarán” se describen como “Tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil del cliente”.

Existen, además, otros tratamientos de datos a los que no se refiere CAIXABANK en sus alegaciones y que también requieren del consentimiento del interesado para que puedan llevarse a cabo, como es el intercambio de información con las empresas del Grupo.

Se trata de defectos sustantivos, que afectan al principio básico de la licitud del tratamiento. Por tanto, no puede aceptarse el planteamiento de CAIXABANK, que pretende evitar la responsabilidad que conlleva ese incumplimiento alegando un mero error no reprochable.

Por otra parte, no comparte esta Agencia que no pueda atribuirse ningún efecto a esta importante irregularidad, como pretende CAIXABANK, asumiendo que las actividades de tratamiento de datos enumeradas pudieran encontrar amparo en otra base jurídica distinta al consentimiento.

Por una parte, se estaría proporcionando información inexacta a los interesados sobre las bases jurídicas en que se legitiman los correspondientes tratamientos, lo cual,

indudablemente, afecta al conocimiento y expectativas que los interesados puedan tener respecto a los derechos que les corresponden en función de las diferentes bases jurídicas implicadas y, en definitiva, al control que pueden ejercer sobre sus datos personales. Así, por ejemplo, si un interesado no presta su consentimiento para estos tratamientos.

Por otra parte, sería necesario, como aquí se ha visto, un análisis exhaustivo de todas las circunstancias concurrentes en relación con los tratamientos pretendidos para valorar la pertinencia de la nueva base jurídica que CAIXABANK indica en sus alegaciones, de modo que no pueden darse por buenas las razones alegadas.

Esto es evidente en relación con los tratamientos que ahora, en sus alegaciones, CAIXABANK pretende fundamentar en el interés legítimo del responsable (“Realizar estudios y controles automáticos de fraude, impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados”). Aceptar este planteamiento sería tanto como admitir un interés legítimo sobrevenido, o a posteriori, respecto del cual no se han respetado las exigencias previstas en la normativa de protección de datos personales, en particular la obligación de ponderar los derechos e intereses en juego, y sobre el que no se informa en la Política de Privacidad.

Alega también CAIXABANK que los tratamientos que realiza para “Diseñar productos o servicios, o mejorar el diseño y usabilidad de los existentes, así como definir o mejorar las experiencias de los usuarios en su relación con CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank”, no se realizan con datos personales, sino analizando estadísticas y datos agregados tras procesos de anonimización. Pero no tiene en cuenta que esta actividad conlleva dos tratamientos, el que dé lugar a la información anónima (la anonimización propiamente dicha), sometido a la normativa de protección de datos, y el tratamiento que se lleve a cabo con los datos ya anonimizados, excluidos de dicha normativa. Así, también en este caso es necesario disponer de base jurídica que ampare esos tratamientos de datos.

Ha sido la propia entidad CAIXABANK la que dispuso, en el diseño de sus operaciones de tratamiento, amparar en el consentimiento los tratamientos citados anteriormente y viene obligada, en consecuencia, a cumplir las exigencias que ello conlleva.

Sobre el proceso habilitado para otorgar el consentimiento presencialmente en oficina, reitera que, tras dar los consentimientos (o no), el cliente accede al texto completo del contrato para que pueda leerlo y revisarlo, de modo que puede no ratificar su elección y “volver atrás”. Por último, señala que la AEPD omite el análisis del proceso de recogida de consentimientos en el canal no presencial (la banca on line) que revisó en la misma inspección, en el que se demostró que el cliente debe acceder necesariamente a la información antes de prestar el consentimiento.

En relación con esta cuestión, CAIXABANK no tiene en cuenta que el proceso para la formalización del “Contrato Marco” o del “Contrato de Consentimientos, y con ello la prestación del consentimiento de forma presencial, ha seguido distintas operativas a lo largo del período analizado. Según ha quedado expuesto, la prestación por el cliente de los consentimientos solicitados por CAIXABANK, incluso la firma de los citados documentos, se realizaba sin que la información en materia de protección de datos personales se pusiera a disposición del cliente. Incluso durante el proceso que denomina “Modo Tablet”, al que se refieren las alegaciones, el cliente presta el consentimiento sin recibir esa información previamente.

Esto no ocurre, como se dijo anteriormente, en el proceso de recogida de consentimientos durante el proceso de alta a través de la web y en el mecanismo habilitado en el área privada del cliente en la web de “Caixabank Now”. En este caso, la información se ofrece al cliente antes de que marque las opciones dispuestas, pero solo la información correspondiente a la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, no toda la información.

Estas conclusiones sobre el proceso de alta a través de la web y del área personal de los clientes ya fueron expuestas, en los mismos términos, en la propuesta de resolución. No se entiende, por tanto, que CAIXABANK alegue que la AEPD ha omitido el análisis de estos procesos de recogida de consentimientos.

- *b) Otros tratamientos de datos personales basados en el consentimiento de los interesados contemplados en el “Contrato de Consentimientos”.*

Sobre el documento denominados “Contrato de Consentimientos” sirven todas las observaciones y reparos realizados en relación con la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, por la similitud de sus contenidos y del proceso de recogida de los consentimientos, según ha quedado expuesto.

No obstante, interesa destacar dos cuestiones en relación con el “Contrato de Consentimientos” o documento de “Autorización/revocación para el tratamiento de datos de carácter personal con finalidades comerciales por CaixaBank, S.A. y empresas del grupo CaixaBank”:

1. La información ofrecida al interesado es menor que la ofrecida en el “Contrato Marco”, puesto que sólo se da acceso a un texto similar al de la Cláusula 8 de dicho Contrato.

2. Otra cuestión de la que derivan tratamientos de datos personales sin el consentimiento de sus titulares tiene que ver con la asociación de datos de los clientes de CAIXABANK con los de otros clientes con los que aquél tenga algún tipo de vínculo, familiar o social, “al efecto de analizar posibles interdependencias económicas en el estudio de ofertas de servicios, solicitudes de riesgo y contratación de productos”. Esta vinculación de datos del cliente con datos personales de terceros, que se añadió en la versión 3ª de este documento en la autorización (ii) del apartado correspondiente a la finalidad 1 (“Tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente”), no puede llevarse a cabo sobre la base del pronunciamiento que pueda realizar el cliente, que no es el titular de los datos en cuestión (se trata de datos personales de terceros que se asocian a los datos del cliente).

- *c) Tratamientos de datos personales basados en el consentimiento de los interesados contemplados en el “Contrato de redes sociales”.*

En relación con el tratamiento de datos obtenidos de redes sociales, pesan las mismas objeciones sobre el consentimiento que se presta y las finalidades pretendidas con el tratamiento. Además, el cliente consiente mediante un solo acto y lo hace para tratamientos

de datos con finalidades diversas:

Desde el área personal de la banca online, el cliente consiente que CAIXABANK acceda y utilice información de redes sociales. La herramienta habilitada para ello solicita al cliente que seleccione la red (Facebook, Twitter y LinkedIn), le ofrece la información dispuesta por la entidad en una caja de texto y requiere que el interesado pulse el botón habilitado con el texto "Aceptar y continuar". Con esta sola acción, el cliente presta su consentimiento a la recogida de los datos personales que se mencionan en esa información, a los tratamientos que se detallan y para las diferentes finalidades que se indican (esta información consta reproducida íntegramente en Anexo III):

"Al hacer click en el botón "Aceptar y continuar", Usted consiente expresamente que CaixaBank... incorpore a ficheros los siguientes datos de carácter personal... con las finalidades de

- a) contactar con Usted y remitirle comunicaciones comerciales por medios electrónicos relativas a productos y servicios y/o cualesquiera otros que actualmente o en el futuro comercialice CaixaBank, y relativas a productos y servicios de terceros cuyas actividades estén comprendidas en las que se indican en el apartado siguiente.
- b) comunicar los datos por Usted proporcionados a CaixaBank, S.A., con NIF..., domicilio en Av. Diagonal 621 08028 de Barcelona, y a las empresas y entidades en cuyo capital fundacional participe directa o indirectamente CaixaBank, para que estas puedan dirigirle comunicaciones comerciales en papel y por medios electrónicos sobre los productos y servicios propios de sus respectivas actividades, comprendiendo las bancarias, de servicios de inversión y asegurados, tenencia de acciones, capital riesgo, inmobiliarias, viarias, de venta y distribución de bienes y servicios, de servicios de consultoría, ocio y benéfico-sociales, así como la comunicaciones de sus datos por dichas entidades a CaixaBank, con las finalidades previstas en el anterior apartado a).
- c) validar, por parte del Servicio de Atención al Cliente en redes sociales, los datos identificativos que proporcione Usted al mismo, al efecto de atender las solicitudes que Usted le dirija.
- d) validar sus datos identificativos cuando Usted acceda a otras aplicaciones de CaixaBank mediante su Nombre de usuario (Twitter), su Identificador de usuario (Facebook) o su Usuario registrado (LinkedIn).
- e) contactar con Usted en el supuesto que fuera detectado o existieran fundadas sospechas en relación a un posible fraude o suplantación de su identidad o actividad en las redes sociales, o en el uso de canales o aplicaciones de CaixaBank.

Asimismo, Usted consiente expresamente el acceso de CaixaBank a aquellos contenidos e información que Usted haya decidido hacer públicos en cada momento (y, en su caso, a aquellos contenidos e información cuyo acceso Usted haya permitido específicamente) en las redes sociales señaladas, así como la comunicación de la mencionada información, a las empresas y entidades indicadas en el apartado b) anterior, para su tratamiento con las siguientes finalidades:

- (i) personalización de las ofertas comerciales.
- (ii) elaboración de perfiles y segmentación en base a la información pública de su perfil, al objeto de recomendarle y ofrecerle los productos y servicios que más se adecuen a sus preferencias y necesidades".

Es significativo que algunas de las finalidades son similares a las mencionadas en la Cláusula 8 del "Contrato Marco" y del "Contrato de Consentimientos"

(“Autorización/revocación”) para las que CAIXABANK dispone que el interesado preste su consentimiento específico y, en cambio, para el tratamiento de los datos personales obtenidos de redes sociales el interesado consiente todos los tratamientos y para todas las finalidades mediante una acción única, pulsando el botón habilitado con el texto “Aceptar y continuar”.

Otra cuestión relevante tiene que ver con la comunicación de datos a las empresas y entidades en cuyo capital fundacional participe directa o indirectamente CaixaBank (en este caso no se habla de Grupo de empresas CaixaBank, ni se detalla a qué empresas se refiere), que exige igualmente una manifestación específica del interesado para que CAIXABANK pueda llevarla a efecto.

Debe rechazarse, igualmente, el hecho de que el consentimiento recabado en relación con la información obtenida de redes sociales incluya las comunicaciones de datos por las entidades indicadas en el párrafo anterior a CAIXABANK.

Ningún comentario incluye CAIXABANK sobre las circunstancias anteriores en relación con el “Contrato de redes sociales”, salvo la indicación de que fue un proyecto que no tuvo éxito y se dio de baja.

- *d) Tratamientos de datos personales basados en el consentimiento de los interesados contemplados en el “Contrato del servicio de agregación”.*

Lo mismo puede decirse del servicio de agregación. Este servicio se presta por CAIXABANK a solicitud del interesado y se formaliza mediante la suscripción del contrato correspondiente.

En relación con el consentimiento para el tratamiento de datos que el interesado presta con la contratación de este servicio pesan las mismas objeciones. También en este caso el cliente consiente mediante un solo acto y lo hace para tratamientos de datos con finalidades diversas.

El objeto de la relación consiste en permitir al contratante la gestión y visualización sobre posiciones y movimientos de los productos y servicios que éste mantenga con otras entidades financieras. Sin embargo, de conformidad con el clausulado dispuesto en el modelo de contrato elaborado por CAIXABANK, la firma del documento conlleva la prestación del consentimiento del cliente para tratamientos de datos con finalidades distintas, algunas de las cuales se presentan como si se tratase del puro objeto del contrato, a pesar de que van más allá del objeto expresado, con el que no guardan relación.

Así, en el apartado 2 del Contrato, en el que se define su objeto, se indica que el mencionado servicio “también” tiene por objeto, en base a la información agregada, “la personalización de ofertas comerciales ajustadas al perfil y situación del contratante por parte de CaixaBank; la mejora del análisis de riesgos e idoneidad para la contratación de productos y servicios solicitados por el contratante; y la mejora de la gestión de impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados”.

Asimismo, en el apartado 11 se informa sobre dos finalidades más:

- a) la personalización de ofertas comerciales ajustadas al perfil y situación del contratante por parte de CaixaBank, en relación a productos propios o de terceros comercializados por ella.
- b) realizar encuestas de satisfacción por canal telefónico o por vía electrónica con el objetivo de valorar los servicios recibidos por parte de CaixaBank”.

En este caso se advierte al interesado que se trata de finalidades adicionales que deberá consentir expresamente (se expresa así: “Adicionalmente, en el caso de que lo haya consentido expresamente, los datos obtenidos podrán ser tratados con las siguientes finalidades...”). Considerando los mecanismos habilitados por CAIXABANK para prestar el consentimiento al que se refiere esta cláusula, entendemos que se refiere a las manifestaciones de voluntad recabadas mediante el “Contrato Marco” o mediante el “Contrato de Consentimientos”, y ya se han indicado los reparos a los consentimientos recabados mediante estos documentos. Además, en relación con lo expresado en el contrato del servicio de agregación, debe añadirse que ninguno de estos dos documentos recaba el consentimiento del cliente para la personalización de ofertas comerciales ajustadas al perfil y situación del contratante por parte de CAIXABANK, en relación con productos de terceros comercializados por esta entidad. Por tanto, CAIXABANK no ha previsto la prestación del consentimiento para la finalidad a) antes indicada en relación con productos de terceros.

Por otra parte, es preciso señalar que las finalidades y tratamientos sobre los que informa el contrato del servicio de agregación no hacen referencia alguna a las empresas del Grupo CaixaBank. Por tanto, con la firma de este contrato no se puede entender prestado el consentimiento para las finalidades indicadas en el “Contrato Marco” y en el “Contrato de Consentimientos”, que incluyen la utilización por aquellas empresas de los datos recabados con motivo de este servicio. Se trata por tanto de una comunicación de datos ilícita.

Finalmente, interesa destacar una observación más sobre el objeto del servicio de agregación. Según el contrato, este servicio tiene por objeto la gestión y visualización de información sobre posiciones y movimientos de productos que el interesado mantenga en otras entidades. Sin embargo, a pesar de esta descripción del objeto y del término “gestión” que se incluye, se advierte en el mismo documento que el servicio no permite realizar operaciones o transacciones sobre los productos de entidades terceras y que la prestación del mismo se plasmará en la posibilidad del contratante de visualizar a través de la banca digital información agregada.

Considerando esa limitación del objeto, los datos que se recaban y el uso que se pretende realizar, podría entenderse que el servicio de agregación más bien parece que estaba diseñado para la recogida de información por la entidad responsable. Más aún si consideramos que el propio contrato dispone que la no aceptación o la posterior oposición al tratamiento de sus datos con las finalidades detalladas implica que CAIXABANK “no podrá o (en su caso) deberá dejar de ofrecerle el servicio de agregación” y que, en el caso de que los datos se traten con el consentimiento del interesado, podrán ser tratados mientras no retire el consentimiento, incluso habiendo finalizado la relación contractual.

CAIXABANK niega esta observación alegando que la Agencia no ha entendido la naturaleza de este servicio, que está previsto en la normativa de pagos y sirve para no desposicionar a la entidad respecto a nuevos actores. Sin embargo, aquella conclusión no resulta de analizar la naturaleza de este servicio, sino de las finalidades, especialmente comerciales o publicitarias, y la elaboración de perfiles que se imponían como objeto del contrato.

Esa misma normativa de pagos que cita CAIXABANK establece la prohibición de utilizar los datos personales para fines distintos de la prestación del servicio. El Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, se refiere a las normas de acceso a la información relativa a las cuentas de pago y al uso de esa información. Concretamente, en su artículo 39.1.f) dispone lo siguiente:

“Artículo 39. Normas de acceso a la información sobre cuentas de pago y uso de dicha información en caso de servicios de información sobre cuentas.

1. El proveedor de servicios de pago que preste el servicio de información sobre cuentas:

f) no utilizará, almacenará o accederá a ningún dato, para fines distintos de la prestación del servicio de información sobre cuentas expresamente solicitado por el usuario del servicio de pago, de conformidad con las normas sobre protección de datos”.

En relación con el Contrato del Servicio de Agregación, y también con los Términos de Redes Sociales, CAIXABANK ha señalado que la firma de estos documentos es complementaria al “Contrato Marco”, que en estos documentos adicionales no se obtiene un nuevo consentimiento, el cual se otorga en el “Contrato Marco”.

Esto no concuerda con lo expresado en aquellos documentos y en el propio “Contrato Marco”. Este contrato no requiere la prestación de ningún consentimiento para el tratamiento de estos datos, sino que se limita a informar sobre la utilización de los datos obtenidos de redes sociales y del servicio de agregación que el interesado haya autorizado. Esa autorización solo puede prestarse mediante la aceptación de los Términos de Redes Sociales y la firma del Contrato del Servicio de Agregación en la forma antes indicada. En concreto, el “Contrato Marco” señala lo siguiente:

“Los datos que se tratarán con las finalidades de (i) análisis y estudio de datos, y (ii) para la oferta comercial de productos y servicios serán:

e) Los obtenidos de las redes sociales que el firmante autorice a consultar

f) Los obtenidos de terceras entidades como resultado de solicitudes de agregación de datos solicitadas por el firmante”.

Finalmente, interesa destacar que el nuevo Contrato del Servicio de Agregación no incluye la realización de tratamientos de datos con las finalidades indicadas. En relación con las finalidades comerciales, se remite a las autorizaciones que el cliente haya otorgado y advierte sobre la posibilidad de gestionarlas en oficina, a través de banca digital o móvil.

No se tiene constancia, en cambio, de que las referencias que contiene el “Contrato Marco” al uso de datos obtenidos de este servicio hayan sido adaptadas a los cambios del Contrato del Servicio de Agregación.

- Otros tratamientos de datos personales sin base jurídica

Por otra parte, existen otros tratamientos de datos que constan en la información que CAIXABANK facilita a sus clientes que se llevan a cabo sin ninguna base de legitimación:

Según lo detallado en el Fundamento de Derecho anterior, CAIXABANK utiliza datos

personales (“movimientos”, “recibos”, “nóminas”, “siniestros” y “reclamaciones”) generados en la contratación y operativa de productos y servicios contratados por el interesado con terceros (“Todos los que se generen en la contratación y operativas de productos y servicios... con las Empresas del Grupo CaixaBank o con terceros”).

Se deduce de ello que CAIXABANK, bajo la condición de responsable del tratamiento, recaba y utiliza datos personales que no obtiene directamente de los interesados. Se trata de datos personales procedentes de terceros que CAIXABANK utiliza con las finalidades expresadas en la información facilitada a los interesados.

No existe base jurídica que legitime la utilización de estos datos personales. CAIXABANK no es la entidad responsable de estos datos obtenidos de productos de terceros, lo que limita la posibilidad de utilizar la información de que se trate con fines propios.

También en relación con esta cuestión es necesario tener en cuenta las limitaciones sobre el uso de los datos personales que impone el Real Decreto-ley 19/2018 antes citado. En su artículo 65 se refiere expresamente a la protección de datos personales en los siguientes términos:

“Artículo 65. Protección de datos.

1. El tratamiento y cesión de los datos relacionados con las actividades a las que se refiere este real decreto-ley se encuentran sometidos a lo dispuesto en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y en la normativa española de protección de datos, y en la normativa nacional que lo desarrolla”.

- *Tratamiento de datos personales basados en el interés legítimo del responsable*

El análisis de esta cuestión debe tener en cuenta inicialmente lo dispuesto en el artículo 1.2 del RGPD, según el cual “El presente Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales”. Para ello habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean la recogida y tratamiento de los datos y el modo en que se ven cumplidos o reforzados los principios, derechos y obligaciones exigidos por la normativa de protección de datos de carácter personal.

El artículo 6 del RGPD exige que el tratamiento de datos personales, para que sea lícito, pueda ampararse en alguna de las bases de legitimación que establece y que el responsable del tratamiento sea capaz de demostrar que, efectivamente, concurría en la operación de tratamiento el fundamento jurídico que invoca (artículo 5.2, principio de responsabilidad proactiva).

Las bases jurídicas del tratamiento que se detallan en el artículo 6.1 RGPD están relacionados con el principio, más amplio, de licitud, del artículo 5.1.a) del RGPD, precepto que dispone que los datos personales serán tratados de manera “lícita, leal y transparente en relación con el interesado”.

En relación con la base jurídica del interés legítimo, invocada por CAIXABANK para

los tratamientos descritos, el artículo 6 citado establece:

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

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...”.

El Considerando 47 del RGPD precisa el contenido y alcance de esta base legitimadora del tratamiento.

Los criterios interpretativos que se extraen de este Considerando son, entre otros, (i) que el interés legítimo del responsable prevalezca sobre los intereses o derechos y libertades fundamentales del titular de los datos, a la vista de las expectativas razonables que éste tenga, fundadas en la relación que mantiene con el responsable del tratamiento; (ii) será imprescindible que se efectúe una “evaluación meticulosa” de los derechos e interés en juego, también en aquellos supuestos en los que el interesado pueda prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos, que pueda producirse el tratamiento con tal fin; (iii) los intereses y derechos fundamentales del titular de los datos personales podrían prevalecer frente a los intereses legítimos del responsable cuando el tratamiento de los datos se efectúe en circunstancias tales en las que el interesado “no espere razonablemente” que se lleve a cabo un tratamiento ulterior de sus datos personales.

Debe añadirse que el interesado, en todos los casos, puede ejercer el derecho de oposición, que también supone una nueva evaluación de los intereses de responsable y titular de los datos, salvo en los casos de prospección comercial, en los que el ejercicio del derecho obliga a interrumpir los tratamientos sin ninguna evaluación (artículo 21.3 del RGPD).

Interesa destacar algunos aspectos recogidos en el Dictamen 6/2014 elaborado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 relativo al “Concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE”, de fecha 09/04/2014, especialmente los factores que pueden ser valorados cuando se efectúa la preceptiva ponderación de los derechos e intereses en juego. Aunque el Dictamen 6/2014 se emitió para favorecer una interpretación uniforme de la Directiva 95/46 entonces vigente, derogada por el RGPD, dada la casi total identidad entre su artículo 7.f) y el artículo 6.1.f) del RGPD, y que las reflexiones ofrecidas son exponente y aplicación de principios que inspiran también el RGPD, como el principio de proporcionalidad, o de principios generales del Derecho comunitario, como los principios de equidad y de respeto a la ley y al Derecho, muchas de sus reflexiones son extrapolables a la aplicación de la normativa actual.

Según se ha indicado, para que el apartado f) del artículo 6.1. RGPD pueda constituir la base legitimadora del tratamiento de los datos personales que se efectúa, preceptivamente, y con carácter previo al tratamiento, ha de hacerse una ponderación, una “evaluación meticulosa”, de los derechos e intereses en juego: el interés legítimo del responsable del tratamiento, de una parte, y de otra, tanto los intereses como los derechos y libertades fundamentales de los afectados. Ponderación que es imprescindible, pues sólo cuando como resultado de ella prevalece el interés legítimo del responsable del tratamiento sobre los derechos o intereses de los titulares de los datos podrá operar como fundamento jurídico del tratamiento el referido interés.

Sobre la prueba de ponderación, el repetido Dictamen señala lo siguiente:

“El interés legítimo del responsable del tratamiento, cuando es menor y no muy apremiante, en general, solo anula los intereses y los derechos de los interesados en casos en los que el impacto sobre estos derechos e intereses sea incluso más trivial. Por otro lado, un interés legítimo importante y apremiante puede, en algunos casos y sujeto a garantías y medidas, justificar incluso una intrusión significativa en la privacidad o cualquier otra repercusión importante en los intereses o derechos de los interesados.

Aquí es importante destacar el papel especial que las garantías pueden desempeñar para reducir un impacto indebido sobre los interesados y, por tanto, para cambiar el equilibrio de derechos e intereses hasta el punto de que prevalezca el interés legítimo del responsable del tratamiento de datos. Por supuesto, el uso de garantías exclusivamente no es suficiente para justificar cualquier tipo de tratamiento en cualquier contexto. Además, las garantías en cuestión deben ser adecuadas y suficientes, y deben, incuestionable y significativamente, reducir la repercusión para los interesados”.

El Dictamen mencionado hace referencia a los múltiples factores que pueden operar en la ponderación de los intereses en juego y los agrupa en estas categorías:

- (a) la evaluación del interés legítimo del responsable del tratamiento, la naturaleza y fuente del interés legítimo y si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, resulta de otro modo de interés público o se beneficia del reconocimiento de la comunidad afectada;*
- (b) el impacto o repercusión sobre los interesados y sus expectativas razonables sobre qué sucederá con sus datos (“lo que una persona considera razonablemente aceptable en virtud de las circunstancias”), así como la naturaleza de los datos y la manera en la que sean tramitados; subrayando que la pretensión no es que el tratamiento de datos efectuado por el responsable no tenga ningún impacto negativo sobre los interesados sino impedir que el impacto sea “desproporcionado”;*
- (c) el equilibrio provisional y*
- (d) las garantías adicionales que podrían limitar un impacto indebido sobre el interesado, tales como la minimización de los datos, las tecnologías de protección de la intimidad, el aumento de la transparencia, el derecho general e incondicional de exclusión voluntaria y la portabilidad de los datos.*

En primer término, el Dictamen subraya que la implicación que el responsable del tratamiento puede tener en el tratamiento de datos efectuado es la de “interés”, al que ya se hizo referencia en el Fundamento de Derecho anterior para señalar que está relacionado con la finalidad, pero es un concepto más amplio (“finalidad es la razón específica por la que se tratan los datos: el objetivo o la intención del tratamiento de los datos. Un interés, por otro lado, se refiere a una mayor implicación que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o al beneficio que el responsable del tratamiento obtenga del tratamiento”). También es más amplio que el de derechos y libertades fundamentales, de ahí que respecto a los afectados se ponderen no solo sus derechos y libertades fundamentales, sino también sus “intereses”.

Según el GT29, “un interés debe estar articulado con la claridad suficiente para permitir que la prueba de sopesamiento se lleve a cabo en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Además, el interés en juego debe también ser perseguido por el responsable del tratamiento. Esto exige un interés real y actual, que se corresponda con actividades presentes o beneficios que se esperen en un futuro muy próximo. En otras palabras, los intereses que sean demasiado vagos o especulativos no serán suficientes”.

Además, el “interés” del responsable del tratamiento, según establece el artículo 6.1.f) del RGPD y antes el artículo 7.f) de la Directiva, debe ser “legítimo”, lo que significa, dice el Dictamen, que ha de ser “lícito” (respetuoso con la legislación nacional y de la U.E aplicable). Sin embargo, el GT29 añade que “La legitimidad del interés del responsable del tratamiento es solo un punto de partida, uno de los elementos que deben analizarse en virtud del artículo 7, letra f). Si el artículo 7, letra f), puede utilizarse como fundamento jurídico o no dependerá del resultado de la prueba de sopesamiento siguiente”; “si el interés perseguido por el responsable del tratamiento no es apremiante, es más probable que el interés y los derechos del interesado prevalezcan sobre el interés legítimo —pero menos importante— del responsable del tratamiento. Del mismo modo, esto no significa que un interés menos apremiante del responsable del tratamiento no pueda prevalecer a veces sobre los intereses y derechos de los interesados: esto sucede normalmente cuando el impacto del tratamiento sobre los interesados es también menos importante”.

Y expone el siguiente ejemplo:

“Sirva como ejemplo: los responsables del tratamiento pueden tener un interés legítimo en conocer las preferencias de sus clientes de manera que esto les permita personalizar mejor sus ofertas y, en último término, ofrecer productos y servicios que respondan mejor a las necesidades y los deseos de sus clientes. A la luz de esto, el artículo 7, letra f), puede constituir un fundamento jurídico apropiado en algunos tipos de actividades de mercado, en línea y fuera de línea, siempre que se prevean las garantías adecuadas (incluido, entre otros, un mecanismo viable que permita oponerse al tratamiento en virtud del artículo 14, letra b), tal como se explicará en la sección III.3.6 El derecho de oposición y más allá).

Sin embargo, esto no quiere decir que los responsables del tratamiento puedan remitirse al artículo 7, letra f), como fundamento jurídico para supervisar de manera indebida las actividades en línea y fuera de línea de sus clientes, combinar enormes cantidades de datos sobre ellos, provenientes de diferentes fuentes, que fueran inicialmente recopilados en otros contextos y con fines diferentes, y crear -y, por ejemplo, con la intermediación de corredores de datos, también comerciar con ellos- perfiles complejos de las personalidades y preferencias de los clientes sin su conocimiento, sin un mecanismo viable de oposición, por no mencionar la ausencia de un consentimiento informado. Es probable que dicha actividad de elaboración de perfiles represente una intrusión importante en la privacidad del cliente y, cuando esto suceda, los intereses y derechos del interesado prevalecerán sobre el interés del responsable del tratamiento”.

En definitiva, la concurrencia de dicho interés en el responsable del tratamiento no significa necesariamente que se pueda utilizar el artículo 6.1 f) RGPD, como fundamento jurídico del tratamiento. El hecho de que pueda utilizarse o no como fundamento jurídico dependerá del resultado de la prueba de sopesamiento.

Además, el tratamiento ha de ser el necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable, de forma que sean preferidos siempre medios menos invasivos para servir a un mismo fin. Necesidad supone aquí que el tratamiento resulte imprescindible para la satisfacción del referido interés, de modo que, si dicho objetivo se puede alcanzar de forma razonable de otra manera que produzca menos impacto o menos intrusiva, el interés legítimo no puede ser invocado.

El término “necesidad” que utiliza el artículo 6.1 f) del RGPD tiene a juicio del TJUE un significado propio e independiente en la legislación comunitaria. Se trata de un “concepto autónomo del Derecho Comunitario” (STJUE de 16/12/2008, asunto C-524/2006, apartado 52). De otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ofrecido también

directrices para interpretar el concepto de necesidad. En el apartado 97 de su Sentencia de 25/03/1983 afirma que el “adjetivo necesario no es sinónimo de “indispensable” ni tiene la flexibilidad de las expresiones “admisible, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable”.

Sobre el impacto o repercusión que el tratamiento de datos tiene en los intereses o derechos y libertades fundamentales de los interesados, indica que cuanto más “negativo” o “incierto” pueda ser el impacto del tratamiento, es más improbable que el tratamiento en su conjunto pueda considerarse legítimo.

“El Grupo de trabajo pone de manifiesto que es crucial entender que «impacto» pertinente es un concepto mucho más amplio que daño o perjuicio a uno o más interesados en concreto. El término «impacto» tal como se utiliza en este Dictamen cubre cualquier posible consecuencia (potencial o real) del tratamiento de datos. En aras de la claridad, también subrayamos que el concepto no está relacionado con la noción de violación de los datos personales y es mucho más amplio que las repercusiones que puedan derivarse de dicha violación. Por el contrario, la noción de impacto, tal como se utiliza aquí, engloba las diversas maneras en las que un individuo pueda verse afectado, positiva o negativamente, por el tratamiento de sus datos personales”.

“En general, cuanto más negativo e incierto pueda ser el impacto del tratamiento, más improbable es que el tratamiento se considere, en conjunto, legítimo. La disponibilidad de métodos alternativos para conseguir los objetivos perseguidos por el responsable del tratamiento, con menos impacto negativo sobre el interesado, debería ser, sin duda, una consideración pertinente en este contexto”.

Como fuentes de repercusiones potenciales para los interesados cita la probabilidad de que el riesgo pueda materializarse y la gravedad de las consecuencias, señalando que este concepto de “gravedad puede tener en cuenta el número de individuos potencialmente afectado”.

Se encuadra aquí la valoración de la naturaleza de los datos personales que han sido objeto de tratamiento), si los datos se han puesto a disposición del público por el interesado o por un tercero, hecho -dice el Dictamen- que puede ser un factor de evaluación especialmente si la publicación se llevó a cabo con una expectativa razonable de reutilización de los datos para determinados fines:

“...no significa que los datos que parezcan en sí mismos y por sí mismos inocuos puedan tratarse libremente..., incluso dichos datos, dependiendo del modo en que se traten, pueden tener un impacto significativo sobre las personas”.

La manera en la que el responsable trata los datos; si se han revelado al público o se han puesto a disposición de un gran número de personas o si grandes cantidades de datos se tratan o combinan con otros datos (“por ejemplo, en el caso de la elaboración de perfiles, con fines mercantiles, con fines de cumplimiento de la ley u otros”). Sobre esta cuestión se dice:

“Los datos aparentemente inocuos, cuando se tratan a gran escala y se combinan con otros datos, pueden dar lugar a injerencias en datos más sensibles, como se demuestra en el anterior escenario 3, que pone como ejemplo la relación entre los patrones de consumo de pizza y las primas de seguro de asistencia sanitaria.

Además de dar lugar, potencialmente, al tratamiento de datos más sensibles, dicho análisis puede llevar también a predicciones extrañas, inesperadas y a veces inexactas, por ejemplo, relativas al comportamiento o la personalidad de las personas afectadas. Dependiendo de la naturaleza y del impacto de dichas predicciones, esto puede resultar altamente intrusivo en la intimidad de la persona”.

Todo ello, sin olvidar las expectativas razonables de los interesados:

“... es importante considerar si la posición del responsable de los datos, la naturaleza de la relación o del servicio prestado, o las obligaciones jurídicas o contractuales aplicables (u otras promesas hechas en el momento de la recopilación de los datos) podrían dar lugar a expectativas razonables de una confidencialidad más estricta y de limitaciones más estrictas relativas a su uso ulterior. En general, cuanto más específico y restrictivo sea el contexto de la recopilación de los datos, más limitaciones es probable que se utilicen. En este caso, de nuevo, es necesario tener en cuenta el contexto fáctico y no basarse simplemente en la letra pequeña del texto”.

El Dictamen ve también pertinente al evaluar el impacto del tratamiento analizar la posición del responsable del tratamiento y del interesado; su posición puede ser más o menos dominante respecto al interesado dependiendo de si el responsable del tratamiento es una persona, una pequeña organización o una gran empresa, incluso una empresa multinacional:

“Una empresa multinacional puede, por ejemplo, tener más recursos y poder de negociación que el interesado individual y, por tanto, puede encontrarse en una mejor posición para imponer al interesado lo que cree que corresponde a su «interés legítimo». Esto puede producirse con más razón si la empresa tiene una posición dominante en el mercado”.

A la hora de ponderar los intereses y derechos en juego, el GT29 entiende que el cumplimiento de las obligaciones generales que impone la normativa, incluidos los principios de proporcionalidad y transparencia, contribuyen a garantizar que se cumplan los requisitos del interés legítimo. Si bien, aclara que eso no significa que el cumplimiento de esos requisitos horizontales, por sí mismo, sea siempre suficiente.

Sí, finalmente, efectuada la evaluación, no queda claro cómo alcanzar el equilibrio, la adopción de garantías adicionales puede ayudar a reducir el impacto indebido y a garantizar que el tratamiento pueda basarse en el interés legítimo. Como medidas adicionales se contempla, por ejemplo, la facilitación de mecanismos de exclusión voluntaria e incondicional, o el aumento de la transparencia:

“El concepto de responsabilidad está íntimamente ligado al concepto de transparencia. Con el fin de permitir que los interesados ejerciten sus derechos y que haya un escrutinio público más amplio por parte de los interesados, el Grupo de trabajo recomienda que los responsables del tratamiento expliquen a los interesados de manera clara y fácil las razones por las que creen que sus intereses prevalecen sobre los intereses o los derechos y las libertades fundamentales de los interesados, y también les expliquen las garantías que hayan adoptado para proteger sus datos personales, incluido, cuando así proceda, el derecho de exclusión voluntaria del tratamiento”.

“Tal como se explica en la página 46 del Dictamen 3/2013 del Grupo de trabajo sobre la limitación de la finalidad (citado en el pie de página 9 anterior), en el caso de la elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizada, se deberá dar acceso a los interesados o consumidores a sus perfiles para garantizar la transparencia, así como a la lógica del proceso de toma de decisiones (algoritmo) que dio lugar al desarrollo de dichos perfiles. En otras palabras: las organizaciones deberán revelar sus criterios para la toma de decisiones. Se trata de una garantía fundamental y resulta especialmente importante en el mundo de los macrodatos. El hecho de que una organización ofrezca o no esta transparencia es un factor muy pertinente que se deberá considerar también en la prueba de sopesamiento”.

Al referirse al derecho de oposición y al mecanismo de exclusión voluntaria o derecho de oposición incondicional, el GT29 reflexiona sobre la publicidad basada en perfiles del

cliente, que requiere un seguimiento de las actividades y los datos personales de los interesados, que son analizados con métodos automáticos sofisticados. Concluye lo siguiente:

“En este sentido, resulta útil recordar el Dictamen del Grupo de trabajo sobre la limitación de la finalidad, donde se afirmaba concretamente que cuando una organización desea analizar o predecir de manera específica las preferencias personales, el comportamiento y las actitudes de los clientes individuales que posteriormente motivarán las «decisiones o medidas» adoptadas en relación con dichos clientes... debería exigirse casi siempre un consentimiento gratuito, específico, informado e inequívoco de «inclusión voluntaria», pues de otro modo la reutilización de los datos no podrá considerarse compatible. Y lo que es más importante, dicho consentimiento deberá exigirse, por ejemplo, para el seguimiento y la elaboración de perfiles con fines de prospección, publicidad comportamental, comercialización de datos, publicidad basada en la localización, o investigación digital de mercado basada en el seguimiento”.

A continuación, se reproduce la información incluida en el “Contrato Marco” sobre estos tratamientos de datos basados en el interés legítimo de CAIXABANK:

“7.3.5 Tratamientos basados en interés legítimo

Salvo que nos haya indicado, o nos indique en el futuro lo contrario, le remitiremos actualizaciones e información acerca de productos o servicios similares a los que ya tenga contratados.

También trataremos su información (movimientos de cuenta, movimientos de tarjeta, préstamos, etc.) para personalizar su experiencia comercial en nuestros canales en base a anteriores usos, para ofrecerle productos y servicios que se ajusten a su perfil, para aplicarle beneficios y promociones que tengamos vigentes y a los que tenga derecho, y para evaluar si podemos asignarle límites de crédito pre concedidos que pueda utilizar cuando lo considere más oportuno.

En estos tratamientos utilizaremos únicamente información facilitada por usted, o generada de los propios productos contratados durante el último año.

Si usted no desea que se realicen estos tratamientos, puede oponerse a los mismos comunicándonoslo en cualquiera de nuestras oficinas, en el Apartado de Correos nº 209 de Valencia (46080), en la dirección electrónica www.CaixaBank.com/ejerciciodederechos, o mediante las opciones habilitadas a dicho efecto en su banca digital y en nuestras aplicaciones móviles”.

Para cualquier otro uso comercial se le solicitará el consentimiento, según se establece en la cláusula siguiente.

Según CAIXABANK, el interés legítimo es la base jurídica de los tratamientos que realiza con las “finalidades comerciales” señaladas en el apartado 7.3.5 del “Contrato Marco” (erróneamente incluido dentro del subapartado dedicado a los “Tratamientos de datos de carácter personal con finalidades regulatorias”) y el apartado 03 de la “Política de Privacidad” (con un contenido similar al anterior): envío de información y actualizaciones acerca de productos o servicios similares a los que ya tenga contratados el cliente; personalizar la experiencia comercial del cliente en los canales de la entidad en base a anteriores usos, para ofrecerle productos y servicios que se ajusten a su perfil, para aplicarle beneficios y promociones que tengamos vigentes y a los que tenga derecho, y para evaluar si podemos asignarle límites de crédito preconcedidos que pueda utilizar cuando lo considere más oportuno.

Sin embargo, según quedó expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, ha quedado acreditado que CAIXABANK realiza otros tratamientos de datos personales en base al interés legítimo que no son conocidos por el cliente, al que no se informa en ningún caso, y que, por la amplitud de datos personales que se utilizan y las distintas finalidades para las que son tratados, afectan a múltiples aspectos de la vida personal del cliente, por lo que tales tratamientos se estiman ilícitos. Entre ellos se mencionaron los siguientes:

- . Seguimiento de la actividad comercial y del cumplimiento de los retos de empleados.
- . Utilización de la base de datos de INFORMA EMPRESAS comprados por CaixaBank detallando los accionistas y administradores de empresas para cruzarla con información de CaixaBank para la realización de informes agregados.
- . Estructuración de información de servicios informativos en Datapool.
- . Monitorización de las actividades de los usuarios registradas en los sistemas y del tráfico de red para la protección frente a ciberataques, y la prevención del fraude en canales electrónicos.
- . Monitorización de las actividades y relaciones de los usuarios para prevenir el fraude y el mal uso de los sistemas de información de CaixaBank.
- . Realización de estudios por parte de CaixaBank cuyo resultado final es agregado y/o estadístico con la finalidad de profundizar en el conocimiento del comportamiento de la economía española o de sectores de la misma.
- . Comunicación de datos entre CaixaBank y las empresas participadas por ésta con la finalidad de realizar informes internos (sin datos de carácter personal), que nos permitan, entre otros aspectos, realizar estudios de mercado y modelos matemáticos para establecer la estrategia de negocio del Grupo CaixaBank” (entre estas operaciones de tratamiento se incluye la realización de estadísticas de consumo y comercio para ponerla a disposición de terceros).
- . Seguimiento del sector turístico a partir de los datos internos disponibles ((i) datos procedentes de la operativa de TPVs Comercia: PAN encriptado de las tarjetas, geolocalización del TPV, importe y hora de la transacción, sector de actividad asociado al comercio y país de emisión de la tarjeta); (ii) datos de operativa de tarjetas de clientes de CaixaBank Payments: porcentaje del gasto de clientes de CaixaBank Payments en TPV de Comercia sobre el total del gasto total de las tarjetas de clientes en TPV de terceras entidades, calculado a nivel de código postal).

En relación con el tratamiento de datos con finalidades comerciales en base al interés legítimo a los que se hace referencia en el “Contrato Marco” y en la “Política de Privacidad”, durante la fase de pruebas, aunque aportó una Evaluación de Impacto relativa a tratamientos de datos con finalidad comercial (selección del público objetivo e impacto comercial), que incluye el informe de ponderación del interés legítimo, fechada el 29/04/2019, CAIXABANK ha manifestado que no se están llevando a cabo los siguientes tratamientos:

- . Envío de información acerca de productos o servicios similares a los que ya tenga contratados o información que consideremos que puede ser de su interés, o que consideremos que puede tener una expectativa razonable de recibir.
- . Estudio de la información que nos consta de usted (movimientos de cuenta, movimientos de tarjeta, préstamos, etcétera) para personalizar su experiencia con la Entidad, por ejemplo mostrándole primero en los cajeros y webs sus operativas más habituales, u ofreciéndole productos y servicios que se ajusten a su perfil y aplicarle los beneficios y promociones vigentes en cada momento.

No obstante, en su escrito de alegaciones, señala que desde mayo de 2018 sigue un operativa denominada por la propia entidad como “NO es no”, según la cual los datos de aquellos clientes que no han consentido el tratamiento de sus datos con finalidades comerciales, o ha revocado el consentimiento prestado anteriormente para ello, tampoco son tratados en base al interés legítimo. Añade que únicamente realiza tratamientos de datos personales en relación con aquellos a los que se preguntó y no contestaron, es decir, que no han firmado el “Contrato Marco” ni el “Contrato de Consentimientos”. De lo que se desprende que sí está realizando estos tratamientos de datos personales.

En la citada evaluación de impacto se analizan los tratamientos consistentes en la selección de público objetivo previo a la realización de campañas por distintos canales y elaboración de listados o informes no agregados con finalidad comercial; y el impacto

publicitario al público objetivo por distintos canales, que pueden realizarse en base al interés legítimo, según se indica, “siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

- (i) Se realice en relación a clientes con contrato vigente.*
- (ii) Las comunicaciones se refieran a productos o servicios similares a los que contratados por el cliente.*
- (iii) El período analizado no supere el plazo temporal de un año.*
- (iv) El interesado haya sido informado del detalle de la realización de este tratamiento (es decir, comunicaciones comerciales), incluyendo la posibilidad de oponerse al mismo.*
- (v) El interesado pueda ejercer su derecho de oposición al tratamiento mediante mecanismos sencillos habilitados a dicho efecto”.*

En relación con estos tratamientos con “finalidades comerciales” basados en el interés legítimo, ya se indicó también al tratar el deber de información, que son similares a tratamientos que CAIXABANK ampara en consentimiento del cliente y las consecuencias que se derivan de esta circunstancia en relación con la validez de estos tratamientos.

Concretamente, la realización de ofertas personalizadas, la aplicación de beneficios y promociones o la asignación de créditos preconcedidos, son tratamiento de datos similares a los reseñados al citar otras finalidades basadas en el consentimiento (“Estudiar productos o servicios que puedan ser ajustados a su perfil y situación comercial o crediticia concreta, todo ello para efectuarle ofertas comerciales ajustadas a sus necesidades y preferencias”), motivando que la descripción de las finalidades y enumeración de tratamientos de datos contenida en la información que se ofrece provoque confusión a los interesados. De este modo, no puede admitirse un tratamiento de datos basado en el interés legítimo similar a otros llevados a cabo sobre la base del consentimiento del cliente, el cual, además, no se presta de un modo válido, como se expuso anteriormente. Podría dar lugar a una situación en la que se realicen tratamientos de datos en base al interés legítimo que hubiesen sido negados por el afectado.

Por otra parte, teniendo en cuenta que CAIXABANK registra datos personales “de Relaciones Comerciales, o de Relaciones Comerciales de CAIXABANK y las empresas del Grupo CaixaBank con terceros”, no es posible entender si el envío de “información y actualizaciones acerca de productos o servicios similares a los que tenga ya contratados” se refiere a productos propios, de las empresas del Grupo o de terceros. Sirven al respecto las mismas observaciones ya expresadas anteriormente sobre el uso de datos recabados de productos de las empresas del Grupo o terceros.

También se dijo que la información facilitada no especifica ningún interés legítimo de CAIXABANK, que se limita a señalar los tratamientos de datos que realiza con esta base jurídica. Por tanto, se reiteran las circunstancias expresadas en el Fundamento de Derecho sobre la falta de justificación del interés legítimo de forma suficiente para permitir la prueba de ponderación entre el interés del responsable y los derechos del interesado para determinar los que prevalecen, necesaria para determinar la licitud de los tratamientos llevados a cabo

Se reitera aquí lo ya indicado sobre la insuficiente información facilitada sobre las categorías de datos que se utilizarán y sobre la determinación de las finalidades, o sobre los tipos de perfiles que se van a realizar y los usos específicos y aplicaciones que se darán a esos perfiles; y, especialmente, la falta de información sobre el interés específico del responsable, que no se expresa, por las limitaciones y dificultades, si no impedimento, que supone a la hora de realizar una verdadera evaluación sobre la concurrencia de un interés

legítimo prevalente, real y no especulativo.

Y también lo ya indicado sobre el lenguaje empleado; la indefinición de las finalidades para las que se usarán los datos personales (“conocer mejor al cliente” y “mejorar los productos y servicio” o “elaborar el modelo de negocio”, etc.) y el análisis exhaustivo de la información relativa a los clientes que conllevan tales finalidades; o sobre los tipos de perfiles que se van a realizar y los usos específicos y aplicaciones que se darán a esos perfilados.

Realizar el juicio de ponderación en este caso requiere valorar, asimismo, la amplitud de las tipologías de datos que son recabadas por CAIXABANK, y hacer dicha valoración conjuntamente con los aspectos destacados en los párrafos anteriores, especialmente con la indefinición de las finalidades para las que son tratados los datos personales.

Ello tiene como consecuencia que los tratamientos que se realizan no resulten previsibles para un ciudadano medio.

Siendo así, resulta imposible que el interesado, o esta autoridad de control, pueda valorar si las operaciones de tratamiento realizadas son necesarias, o si, por el contrario, podría obtenerse el mismo resultado por medios menos invasivos; tampoco podrá concluirse, menos aún, que el interés invocado sea prevalente.

Esta base jurídica requiere la existencia de intereses reales, no especulativos y que, además, sean legítimos. Y no solo la existencia de ese interés legítimo significa que puedan realizarse aquellas operaciones de tratamiento. Es preciso también que estos tratamientos sean necesarios para satisfacer ese interés y considerar la repercusión para el interesado. En este caso, se lleva a cabo una combinación de datos cuyo alcance no se ha definido y se realizan operaciones de perfilado para ofrecer productos y servicios que se ajusten a dicho perfil, para aplicarle beneficios y promociones que CAIXABANK tenga vigentes y a los que tenga derecho el cliente, y para evaluar si es posible asignarle límites de crédito preconcedidos que pueda utilizar cuando lo considere más oportuno. Por tanto, el intrusismo en la privacidad del interesado puede ser alto y los efectos pueden repercutirle negativamente.

Considerando las limitaciones expuestas, no se acredita la idoneidad (si la medida permite conseguir el objetivo propuesto); necesidad (que no exista otra medida más moderada); proporcionalidad en sentido estricto (más beneficios o ventajas que perjuicios), de los tratamientos de datos indicados anteriormente.

Además de lo expuesto, se tienen en cuenta las circunstancias siguientes:

- . La falta de transparencia sobre la lógica del tratamiento consistente en la elaboración de perfiles, que puede llevar a una discriminación de productos y suponer una repercusión potencial financiera que puede tener el carácter de excesiva.*
- . El elevado número de afectados, así como la gran cantidad de datos que se tratan y combinan con otros datos. Dicha combinación de datos, por la indefinición de los datos que se utilizarán, no respeta la proporcionalidad antes señalada ni posibilita el juicio de ponderación necesario para valorar la concurrencia de un interés legítimo que justifique el tratamiento de los datos.*
- . La posición dominante del responsable frente al interesado, por su condición de gran empresa y una de las líderes del mercado en su sector.*

Una importancia especial ha de prestarse, asimismo, a la ausencia de medidas o garantías adicionales que, aunque no vengan exigidas por las normas aplicables, se consideran una buena práctica que favorece la apreciación del interés legítimo del responsable cuando en el juicio de ponderación no quedara claro cómo alcanzar el equilibrio, en la medida en que reducen el impacto del tratamiento sobre la privacidad del interesado. Entre ellas, se han destacado el aumento de la transparencia y la habilitación de mecanismos de exclusión voluntaria.

En cuanto a la transparencia, CAIXABANK no pone a disposición de los interesados el Informe de ponderación del interés legítimo ni las evaluaciones de impacto.

Tampoco CAIXABANK ofrece mecanismos de exclusión voluntaria. Se limita a informar sobre la posibilidad de ejercer el derecho de oposición, que no es sino una exigencia normativa. Este derecho exige una nueva ponderación, conforme a lo establecido en el artículo 21 del RGPD (“el responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado”) y nada tiene que ver con los mecanismos de exclusión voluntaria o incondicional que se recomiendan.

En resumen, en contra de lo manifestado por CAIXABANK en sus alegaciones, de conformidad con lo expuesto, queda acreditado que esta entidad realiza tratamientos de datos personales de sus clientes basados en el interés legítimo, incluidos tratamientos con finalidades comerciales.

En cambio, por las razones expresadas, no ha quedado acreditado que el interés legítimo que manifiesta tener CAIXABANK prevalezca sobre los intereses y derechos y libertades fundamentales de los clientes; y las garantías ofrecidas no son suficientes para salvar el desequilibrio que se produce con estas operaciones de tratamiento de datos personales.

En consecuencia, se ha de concluir que no prevalece el interés legítimo de CAIXABANK como base legítima para el tratamiento.

CAIXABANK alega que la AEPD concluye que no es posible determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de estos tratamientos, y que la intrusión en la privacidad del interesado puede ser alta, sin aportar prueba alguna al respecto. Sin embargo, es a CAIXABANK a quien corresponde probar la concurrencia del interés legítimo para las operaciones de tratamientos de datos que pretenda fundamentar en esta base jurídica, a quien corresponde concretar el interés que persigue y realizar el juicio de ponderación que lo justifique.

También en relación con esta cuestión hace referencia a los cambios introducidos en la Nueva Política de Privacidad, dando a entender con estas supuestas subsanaciones que no existen responsabilidades que exigirle por los hechos analizados, cosa que debe rechazarse absolutamente por improcedente. Alega, en concreto, que ha procedido a eliminar el tratamiento basado en el interés legítimo para fines comerciales, pero omite cualquier referencia al resto de circunstancias que determinan la ilicitud de los tratamientos analizados en este apartado y que no se realizan exclusivamente con finalidad comercial.

Finalmente, cabe señalar que la conclusión obtenida de este examen no contradice lo expresado en el Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 195/2017, al que se refiere CAIXABANK, tanto en la evaluación de impacto mencionada, que contiene el informe de ponderación del interés legítimo, como en su escrito de alegaciones.

Las premisas valoradas en dicho informe no se ajustan al supuesto presente, en el que los tratamientos de datos personales detallados tienen un propósito mucho más amplio que los analizados en dicho informe en lo que se refiere a los fines del tratamiento como a la información o datos personales utilizados.

- Otros tratamientos de datos personales sin base jurídica. Comunicación de datos a empresas del Grupo CaixaBank.

Por otra parte, procede analizar también la cesión de datos a empresas del Grupo CaixaBank que se incluye en el “Contrato Marco”, sobre la que no se consulta al interesado.

Se reitera aquí que dicho documento se presenta como de suscripción obligatoria para el cliente, estableciendo expresamente que la firma del documento supone que éste “conoce, entiende y acepta su contenido”. Se establece, asimismo, que los términos y condiciones son de aplicación general a todas las “relaciones comerciales” del interesado “con CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank, y por ello, la suscripción y vigencia del presente Contrato, respetando los correspondientes derechos de elección que para el Firmante otorgue el clausulado, es necesaria para la contratación y mantenimiento de contratos de productos o servicios”.

En el mismo apartado relativo al objeto del contrato indica que “informa y regula” acerca de “las autorizaciones para el uso de datos del firmante para llevar a cabo actividad comercial propia de CaixaBank y de las empresas del Grupo CaixaBank”.

Las alusiones a las empresas del Grupo CaixaBank se producen a lo largo de todo el “Contrato Marco” y la sitúan, prácticamente, en el mismo nivel de intervención de CAIXABANK:

“7.1 Tratamientos de datos de carácter personal con la finalidad de gestionar las Relaciones Comerciales.

Los datos de carácter personal del Firmante, tanto los que el mismo aporte, como los que se deriven de las Relaciones Comerciales, o de Relaciones Comerciales de CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank con terceros y los confeccionados a partir de ellos, se incorporarán en ficheros titularidad de CaixaBank y de las empresas del Grupo CaixaBank titulares de las Relaciones Comerciales...”.

“8. tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CAIXABANK y las empresas del Grupo CaixaBank basados en el consentimiento

El presente documento recogerá en su primera página, bajo el epígrafe de autorizaciones para el tratamiento de datos, las autorizaciones que Usted nos otorgue o nos revoque en relación a:

- (i) Los tratamientos de análisis y estudio de datos con finalidad comercial por CaixaBank y empresas del Grupo CaixaBank
- (ii) Los tratamientos para la oferta comercial de productos y servicios por CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank
- (iii) La cesión de datos a terceros

Con la finalidad de poner a su disposición una oferta global de productos y servicios, su autorización a

(i) los tratamientos de análisis y estudio de datos, y (ii) para la oferta comercial de productos y servicios, en caso de otorgarse, comprenderá a CaixaBank, y a las empresas del grupo CaixaBank detalladas en www.CaixaBank.es/empresasgrupo (las “empresas del Grupo CaixaBank”) quienes podrán compartirlos y utilizarlos con las finalidades indicadas.

Las autorizaciones que usted otorgue permanecerán vigentes hasta su revocación o, en ausencia de esta, hasta transcurridos 6 meses desde que usted cancele todos sus productos o servicios con la Entidad.

El detalle de los usos de los datos que se realizará conforme a sus autorizaciones es el siguiente... (ya detallados anteriormente)”.

“Los datos que se tratarán con las finalidades de (i) análisis y estudio de datos, y (ii) para la oferta comercial de productos y servicios serán... (ya detallados anteriormente)”

“11.3 Plazo de Conservación de los datos...”

De acuerdo con la normativa, los datos serán conservados a los únicos efectos de cumplir aquellas obligaciones legales impuestas a CaixaBank y/o Empresas del Grupo...”.

La “Política de Privacidad” también alude al “intercambio de información comercial entre las empresas del Grupo CaixaBank”.

El concepto de “Grupo empresarial” se define en el punto 19 del artículo 4 del RGPD:

<<“Grupo empresarial”: grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas>>.

Sobre el alcance que debe atribuirse a este concepto desde el punto de vista del RGPD, es necesario considerar lo señalado en los Considerandos 37 y 48 de dicho Reglamento:

“(37) Un grupo empresarial debe estar constituido por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas, debiendo ser la empresa que ejerce el control la que pueda ejercer una influencia dominante en las otras empresas, por razones, por ejemplo, de propiedad, participación financiera, normas por las que se rige, o poder de hacer cumplir las normas de protección de datos personales. Una empresa que controle el tratamiento de los datos personales en las empresas que estén afiliadas debe considerarse, junto con dichas empresas, «grupo empresarial»”.

“(48) Los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados. Los principios generales aplicables a la transmisión de datos personales, dentro de un grupo empresarial, a una empresa situada en un país tercero no se ven afectados”.

El Grupo CaixaBank, en principio, puede entenderse dentro de este concepto, desde el punto de vista de la protección de datos personales, con la entidad CAIXABANK como empresa que ejerce el control. Pero el intercambio de información que lleva a cabo CAIXABANK a favor de las empresas del Grupo CaixaBank no tiene cabida en las acciones que pueden basarse en el interés legítimo a las que se refiere el Considerando 48, referidas a la transmisión de datos personales dentro del grupo empresarial “para fines administrativos internos”. Nada que ver con las cesiones de datos referidas en el “Contrato Marco” y las finalidades para las que están previstas.

Con ello, no se excluye que pudiera admitirse otras comunicaciones de datos

personales, con otras finalidades, que pudieran justificarse por el concepto de grupo empresarial, incluso basadas en el interés legítimo.

A todo ello, deben añadirse los defectos apreciados en la información ofrecida que se han señalado en este acto. CAIXABANK ni siquiera informa sobre la base jurídica que justifica este intercambio global de información con las empresas del Grupo CaixaBank.

Tampoco figura entre los consentimientos que se solicitan a los clientes ninguno que se refiera a esta cesión de datos personales de clientes de CAIXABANK a las empresas del Grupo CaixaBank, la cual no puede estimarse cubierta por los tres consentimientos recabados. Además de las objeciones apuntadas sobre la validez de los consentimientos prestados por los clientes, esta cesión de datos constituye una finalidad específica en sí misma considerada, la cual requiere una manifestación de voluntad del cliente por la que éste consienta que pueda llevarse a cabo esta comunicación de datos personales. CAIXABANK no recaba de sus clientes un consentimiento específico para esta cesión de datos.

Esta falta de diseño o habilitación de un mecanismo específico para recabar el consentimiento de sus clientes en orden a la cesión de datos a empresas del Grupo no se subsana con la firma por el cliente del repetido “Contrato Marco”, que se produce sin recibir la información precisa y no supone un pronunciamiento del cliente sobre la utilización de sus datos personales por parte de las empresas del Grupo CaixaBank. Esa utilización conlleva la cesión previa de los datos por parte de CAIXABANK a las empresas del Grupo sin que el interesado se haya manifestado al respecto, es decir, sin el consentimiento del interesado.

La aceptación mediante una acción única, como es la firma del contrato, deviene en inválido el consentimiento prestado por el interesado respecto de la utilización de los datos con finalidades distintas a la ejecución del contrato o relación negocial mantenida por el interesado y la entidad responsable o, lo que es lo mismo, respecto de todos aquellos tratamientos que requieren un consentimiento diferenciado y granular. En relación con la comunicación de datos a las empresas del Grupo CaixaBank, este consentimiento explícito y separado exigiría posibilitar la selección de la empresa o empresas concretas a las que se refiere el consentimiento para la cesión que pudiera prestarse.

No se cumple el requisito según el cual “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”, entendiéndose que “la inacción no debe constituir consentimiento” (Considerando 32). El consentimiento, además, debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines y, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos mediante una manifestación de voluntad expresada para cada uno de los fines de forma separada o diferenciada, permitiendo al interesado optar por elegir todos, una parte o ninguno de ellos.

No puede entenderse libremente prestado el consentimiento al no haberse permitido “autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto” (Considerando 43).

El Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su documento “Directrices sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679”, que ha sido citado en varias ocasiones, se refiere a la disociación de los fines del tratamiento y a la libertad que deberían tener los

interesados para elegir qué fines aceptan, en lugar de tener que dar su consentimiento a un conjunto de fines. Añade que “Cuando el tratamiento de los datos se realice con fines diversos, la solución para cumplir la condición del consentimiento válido estará en la granularidad, es decir, en la disociación de dichos fines y la obtención del consentimiento para cada uno de ellos”, y cita el siguiente ejemplo:

“[Ejemplo 7]

En la misma solicitud de consentimiento un minorista pide a sus clientes el consentimiento para utilizar sus datos para enviarles publicidad por correo electrónico y para compartir sus datos con otras empresas de su grupo. Este consentimiento no es granular ya que no es posible consentir por separado a estos dos fines distintos y, por tanto, el consentimiento no será válido. En este caso, debería obtenerse un consentimiento específico para enviar los datos de contacto a socios comerciales. Dicho consentimiento específico se considerará válido para cada socio (véase también la sección 3.3.1) cuya identidad se haya facilitado al interesado en el momento de la obtención de su consentimiento y en la medida en que se envíe para el mismo fin (en este ejemplo, un fin comercial)”.

Por tanto, devienen en ilícitas todas las cesiones de datos realizados por CAIXABANK a empresas del Grupo CaixaBank.

De la misma forma, se consideran irregulares o ilícitos todos los tratamientos que lleva a cabo CAIXABANK de datos personales que le son facilitados por las entidades pertenecientes al Grupo CaixaBank, relativos a clientes de estas últimas.

Al margen de ese intercambio de información, en la Cláusula 8 del “Contrato Marco” se indican que el cliente otorga su autorización “en relación a: (i) Los tratamientos de análisis y estudio de datos con finalidad comercial por CaixaBank y empresas del Grupo CaixaBank; (ii) Los tratamientos para la oferta comercial de productos y servicios por CaixaBank y las empresas del Grupo CaixaBank”. Con ello, CAIXABANK pretende que los interesados le presten, a la propia CAIXABANK, su consentimiento para que otras empresas del Grupo realicen tratamientos de datos personales, lo cual no puede ser aceptado.

CAIXABANK ha manifestado en sus alegaciones que el Grupo CaixaBank opera bajo un mismo concepto de marca, con aquella entidad como eje.

Señala que esta circunstancia se traslada a las diversas facetas del tratamiento de los datos, incluida la gestión de los consentimientos para tratamientos con finalidades comerciales, que van a llevarse a cabo de forma conjunta en el contexto de las actividades del Grupo para un mismo fin con los mismos medios, en relación con datos de los que las entidades del Grupo son corresponsables. Y añade que cada entidad tiene su base de datos propia (solo accede a los datos necesarios para la prestación de sus servicios), pero que todas ostentan “una suerte de responsabilidad compartida”, son responsables conjuntas del tratamiento, por lo que no hay una finalidad propia en la cesión que justifique la prestación de un consentimiento separado.

Por otra parte, CAIXABANK alega que esta “integración de todas las bases” es una exigencia regulatoria para la correcta gestión del riesgo y necesaria para el cumplimiento de obligaciones legales, que deben apoyarse en la gestión coordinada de la información. Pero, incluso en esta gestión del riesgo deberá distinguirse el riesgo del grupo empresarial que deba cuantificarse con finalidades regulatorias, del riesgo individual, que solamente deberá valorarse por la entidad con la que el interesado mantenga una relación contractual. En cualquier caso, nada se dice al cliente sobre esta corresponsabilidad (en el “Contrato Marco”,

al informar sobre las finalidades regulatorias solo se hace referencia a las responsabilidades y obligaciones de CAIXABANK).

Finalmente, advierte CAIXABANK que esta cuestión fue objeto de una evaluación de impacto, que no aporta.

CAIXABANK, sin embargo, no ha justificado que nos encontremos ante un supuesto de corresponsabilidad, más allá del intercambio de información entre empresas del Grupo CaixaBank que sean necesarios con finalidades regulatorias o para el cumplimiento de una obligación legal, que no se cuestionan en estas actuaciones.

En este caso, no se ha detallado la atribución de responsabilidades entre las distintas empresas del Grupo que exige el RGPD, ni las funciones y obligaciones de estas empresas en su relación con los interesados; y tampoco consta que se haya formalizado el correspondiente acuerdo que regule estas circunstancias de modo transparente, el cual, además, debe ponerse a disposición de los interesados. La obligación de formalizar ese acuerdo en el que se determinen las responsabilidades respectivas, así como la de ponerlo a disposición de los interesados en sus aspectos esenciales, se establece en el artículo 26 del RGPD:

“Artículo 26 Corresponsables del tratamiento

1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.

2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.

3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables”.

Al contrario, considerando los datos que se utilizan por el Grupo CaixaBank y los usos a los que se destinan, ya detallados en los Fundamentos que analizan la información ofrecida a los clientes, se desprende que el intercambio de toda la información entre todas las empresas que lo integran responde más a propósitos “comerciales”, ajenos a la relación contractual, como son la realización de impactos comerciales y el diseño de nuevos productos o servicios, para lo que se emplean todos los datos relativos al cliente disponibles en todas las empresas del Grupo, los facilitados por el interesado y los que “se generen en la contratación y operativas de productos y servicios”, con CaixaBank y con las Empresas del Grupo CaixaBank, incluyendo los perfilados realizados a partir de tales datos. CAIXABANK manifestó, incluso, haber dispuesto que los consentimientos de los clientes para el tratamiento de sus datos personales con “finalidad comercial” se recabarían a nivel de “grupo”, de manera conjunta para todas las sociedades del “grupo”.

Ese intercambio, como se ha dicho, se produce entre todas las empresas del Grupo, es decir, cada una de las empresas que integran dicho Grupo comparte los datos personales registrados en sus sistemas de información con todas las demás. Se decía que los datos se

gestionarían “desde un repositorio común de información de las empresas del Grupo CaixaBank”.

Así, dicho intercambio no se produce solo entre CAIXABANK y el resto o entre éstas y CAIXABANK únicamente. Aunque el presente procedimiento tiene por objeto el análisis de las infracciones imputadas a CAIXABANK y no alcanza al resto de empresas del Grupo, interesa hacer patente ese intercambio global para dejar constancia de la irregular actuación que se viene produciendo.

Si a eso añadimos el detalle de las empresas que integran el repetido Grupo CaixaBank y la concreta actividad mercantil que cada una de ellas lleva a cabo, la irregularidad es aún más manifiesta.

Obviamente, no puede haber corresponsabilidad de todas las empresas del Grupo CaixaBank en relación con el tratamiento de datos que conlleve el contrato, del tipo que fuera, que formalice un cliente con una de ellas. Si en el contrato interviniera más de una empresa, el resto de empresas, que no participan en forma alguna en ese contrato, no pueden ser consideradas corresponsables.

Basta con examinar las entidades que integran el Grupo CaixaBank y el objeto de sus negocios, para concluir que no puede darse esa corresponsabilidad global, que supondría admitir que todas actúan como responsable en el tratamiento de los datos de clientes de una de esas empresas, aunque no participen en la concreta relación contractual formalizada por el cliente.

En la Política de Privacidad consta el siguiente detalle:

“Tu banco CAIXABANK, S.A.

La emisora de tus tarjetas de crédito y débito CAIXABANK PAYMENTS, E.F.C., E.P., S.A.U.

La emisora de tus tarjetas de prepago CAIXABANK ELECTRONIC MONEY, EDE, S.L.

Tu aseguradora VIDACAIXA, S.A.U. DE SEGUROS Y REASEGUROS

La comercializadora de tus fondos CAIXABANK ASSET MANAGEMENT, S.G.I.I.C., S.A.U.

Tu banco social, experto en microcréditos NUEVO MICRO BANK, S.A.U.

Tu financiera de consumo CAIXABANK CONSUMER FINANCE, E.F.C., S.A.U.

Tu compañía de renting CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE, S.A.U.

Tu compañía de comercio electrónico PROMOCAIXA, S.A.

La compañía que gestiona los pagos en tus comercios COMERCIA GLOBAL PAYMENTS, E.P., S.L.”.

La intervención de más de una empresa del Grupo en la relación que formalice el cliente tampoco determina, sin más, la corresponsabilidad de ambas. Será necesario analizar cada uno de los casos para concluir lo que proceda al respecto.

Se da la circunstancia de que algunas de estas actividades y las relaciones que vinculan a cada empresa con el cliente se encuentra regulado expresamente en una norma, que dispone la naturaleza de su participación desde el punto de vista de la protección de datos personales, por lo que no puede quedar a la voluntad de esas empresas disponer un marco distinto.

Un ejemplo claro lo encontramos en la normativa reguladora de la mediación en seguros privados, para los casos en que la entidad financiera o las sociedades mercantiles controladas o participadas por ésta celebre un contrato de agencia de seguros con una

entidad aseguradora y realicen la actividad de mediación de seguros como agente de seguros utilizando las redes de distribución de la entidad de crédito, asumiendo el carácter de Operador de Banca-Seguros.

En estos casos, el artículo 62 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, señala que, a los efectos de la LOPD, “a. Los agentes de seguros exclusivos y los operadores de banca-seguros exclusivos tendrán la condición de encargados del tratamiento de la entidad aseguradora con la que hubieran celebrado el correspondiente contrato de agencia, en los términos previstos en esta Ley”.

Esta norma ha sido derogada por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. Este Real Decreto-ley no modifica el esquema anterior:

“Artículo 203. Condición de responsable o encargado del tratamiento.

1. A los efectos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, así como en 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:

a) Los agentes de seguros y los operadores de banca-seguros tendrán la condición de encargados del tratamiento de la entidad aseguradora con la que hubieran celebrado el correspondiente contrato de agencia, en los términos previstos en el título I”.

“Artículo 204. Otras normas de protección de datos.

2. Los agentes de seguros y operadores de banca-seguros únicamente podrán tratar los datos de los interesados en los términos y con el alcance que se desprenda del contrato de agencia de seguros y siempre en nombre y por cuenta de la entidad aseguradora con la que hubieran celebrado el contrato. Los operadores de banca-seguros no podrán tratar los datos relacionados con su actividad mediadora para fines propios de su objeto social sin contar con el consentimiento inequívoco y específico de los afectados”.

En cualquier caso, el intercambio de información diseñado por CAIXABANK y las empresas del Grupo CaixaBank no se ajusta al concepto de “corresponsabilidad”, que se establece para tratamientos específicos, “cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento”; y que exige un poder decisorio de todos los responsables que no se da en este caso.

De acuerdo con lo expuesto, no pueden estimarse las alegaciones a la propuesta de resolución realizadas por CAIXABANK, en las que manifiesta que no existe cesión indebida de datos personales, sino que se establece un régimen de corresponsabilidad transparente para los interesados, que deriva de una recogida directa de los datos por las sociedades en el ámbito de la corresponsabilidad y de una participación conjunta en la determinación de fines y medios.

Ni existe régimen de corresponsabilidad, ni puede decirse que fuera transparente para los clientes. De hecho, CAIXABANK en ningún momento anterior ha dispuesto del acuerdo de corresponsabilidad, por lo que nunca antes pudo poner a disposición de los interesados los aspectos esenciales de un acuerdo que no existía. Ni tan siquiera en las fases anteriores ha alegado esta corresponsabilidad, refiriéndose a este asunto en sus alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento señalando que todas las empresas del Grupo ostentan “una suerte de

responsabilidad compartida”, como ya se ha indicado. Y tampoco el Registro de Actividades de Tratamiento recoge operaciones en las que CAIXABANK intervenga como corresponsable.

Ha sido con ocasión del trámite de alegaciones a la propuesta de resolución cuando CAIXABANK ha planteado esta alegación y ha aportado un “Contrato de corresponsabilidad”, que figura en la “Alegación sexta” del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución entre las nuevas medidas implementadas, el cual aparece sin firmar por las entidades que supuestamente intervienen en su formalización. En sus alegaciones sobre la graduación de la sanción hace referencia a las cesiones de datos realizadas en el marco “de la corresponsabilidad de facto, y, en la actualidad, formal”. Sin embargo, este acuerdo no remedia la situación irregular mantenida durante el período de tiempo previo a la apertura del procedimiento.

Por otra parte, CAIXABANK no ha aportado la información imprescindible para disponer de elementos suficientes para valorar si se dan las condiciones, desde el punto de vista fáctico y no solo formal, para esa corresponsabilidad en cada uno de los tratamientos a los que se refiere el acuerdo aportado, considerado caso a caso; ni para concluir si todas las entidades han dado cumplimiento a las previsiones normativas, especialmente las relativas al deber de transparencia y la existencia de base jurídica para el tratamiento.

Si puede decirse, como se ha señalado anteriormente, que CAIXABANK no ha cumplido esas previsiones en relación con el intercambio de información relativa a sus clientes con las empresas que integran el Grupo, y tampoco se cumplirían en relación con estos supuestos tratamientos conjuntos, sobre los que no ha informado a los clientes debidamente y para los que no dispone de base jurídica.

Por otra parte, dice aportar una evaluación de impacto sobre los tratamientos conjuntos, pero la aportada está referida exclusivamente a la gestión de los riesgos del Grupo.

Finalmente, se estima oportuno citar las Directrices 07/2020, sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado del tratamiento en el RGPD, adoptado por el CEPD el 2 de septiembre de 2020, en el que se rechaza como supuesto de corresponsabilidad la utilización para fines publicitarios de una base de datos compartida por un grupo de empresas:

“También puede excluirse el control conjunto en caso de que varias entidades utilicen una base de datos compartida o una infraestructura común, si cada entidad determina de forma independiente sus propios fines.

Ejemplo: operaciones de marketing en un grupo de empresas que utilizan una base de datos compartida.

Un grupo de empresas utiliza la misma base de datos para la gestión de clientes y clientes potenciales. Dicha base de datos está alojada en servidores de la empresa matriz que, por lo tanto, es un encargado del tratamiento de las empresas con respecto al almacenamiento de los datos. Cada entidad del grupo introduce los datos de sus propios clientes y clientes potenciales y los trata únicamente para sus propios fines. Además, cada entidad decide independientemente sobre el acceso, los períodos de retención, la corrección o supresión de sus clientes y de los datos de los clientes potenciales. No pueden acceder o utilizar los datos de los demás. El mero hecho de que estas empresas utilicen una base de datos de grupos compartidos no implica como tal un control conjunto. En estas circunstancias, cada empresa es por lo tanto un responsable del tratamiento”.

En consecuencia, de conformidad con las constataciones expuestas, los hechos expuestos en el presente Fundamento de Derecho suponen una vulneración del artículo 6 del RGPD, en relación con el artículo 7 del mismo texto legal y artículo 6 de la LOPDGDD, que da lugar a la aplicación de los poderes correctivos que el artículo 58 del RGPD otorga a la Agencia Española de Protección de datos.

VIII

El artículo 22 del RGPD admite las “decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles” si tal decisión es necesaria para la ejecución del contrato, está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o se basa en el consentimiento del interesado, lo que conlleva el cumplimiento de la obligación de informar sobre ello. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 22. Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles

1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

- a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;*
- b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o*
- c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.*

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

Se tiene en cuenta, además, lo expresado en los considerandos 71 y 72 del RGPD.

“(71) El interesado debe tener derecho a no ser objeto de una decisión, que puede incluir una medida, que evalúe aspectos personales relativos a él, y que se base únicamente en el tratamiento automatizado y produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar, como la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna. Este tipo de tratamiento incluye la elaboración de perfiles consistente en cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado, en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Sin embargo, se deben permitir las decisiones basadas en tal tratamiento, incluida la elaboración de perfiles... en los casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito. En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al

interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión. Tal medida no debe afectar a un menor.

A fin de garantizar un tratamiento leal y transparente respecto del interesado, teniendo en cuenta las circunstancias y contexto específicos en los que se tratan los datos personales, el responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrijan los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error, asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto. Las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles sobre la base de categorías particulares de datos personales únicamente deben permitirse en condiciones específicas.

(72) La elaboración de perfiles está sujeta a las normas del presente Reglamento que rigen el tratamiento de datos personales, como los fundamentos jurídicos del tratamiento o los principios de la protección de datos...”.

En las citadas normas se prohíbe las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en el interesado o le afecten significativamente de modo similar, salvo que tales decisiones se basen en el consentimiento explícito del mismo.

Un aspecto importante relativo a las decisiones individuales automatizadas tiene que ver con la utilización de los datos personales para la elaboración de perfiles de los clientes, entendida como cualquier forma de tratamiento de datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física.

Según el art. 13.1.f) del RGPD, apartado 2, el responsable está obligado a informar sobre la “existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado”.

La información que CAIXABANK ofrece a sus clientes en los distintos documentos que son objeto de análisis se refiere expresamente a la elaboración de perfiles en numerosas ocasiones y en otras se detallan finalidades o tratamientos que conllevan la realización de operaciones de perfilado.

La “Política de Privacidad” accesible a través de la web de CAIXABANK, al referirse a los usos basados en el consentimiento del interesado, informa:

*“04 NO TE LO PODEMOS OCULTAR: ¡QUEREMOS CONOCERTE MEJOR!
(...)”*

Usos basados en tu consentimiento

Únicamente si así nos lo autorizas cuando te preguntemos, nos gustaría tratar todos los datos que tenemos sobre ti para conocerte mejor, es decir, estudiar tus necesidades para saber qué nuevos productos y servicios se ajustan a tus preferencias y analizar la información que nos permita tener determinado por anticipado cuál es tu capacidad crediticia.

También te enviaríamos ofertas de productos de todas las empresas del Grupo y de terceros que pensemos que pueden interesarte”.

En la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, tan repetida, se refiere CAIXABANK a los “Tratamiento y cesión de datos con finalidades comerciales por CaixaBank y las empresas del grupo CaixaBank basados en el consentimiento”, los cuales se agrupan como sigue:

- (i) Detalle de los tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente.*
- (ii) Detalle de los tratamientos para la oferta comercial de productos y servicios de CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank.*
- (iii) Cesión de datos a terceros*

Estos subapartados se corresponden con tres consentimientos que se recaban del interesado y que se reseñan en la primera página del documento, bajo el epígrafe “Autorizaciones para el tratamiento”.

La descripción del primer grupo de tratamientos (i) en otros documentos o canales de recogida de consentimientos se expresa como sigue:

- . Finalidad de estudios y perfilado.*
- . Efectuar estudios y seguimiento de la operativa; gestionar las alertas de los productos que tiene contratados; estudiar productos y servicios ajustados a su perfil del Grupo CaixaBank.*
- . Autorización para perfilados y segmentados.*

Este primer grupo de tratamientos, “Detalle de los tratamientos de análisis, estudio y seguimiento para la oferta y diseño de productos y servicios ajustados al perfil de cliente”, detalla cinco finalidades:

“Otorgando su consentimiento a las finalidades aquí detalladas, Usted nos autoriza a:

- a) Realizar de manera proactiva análisis de riesgos y aplicar sobre sus datos técnicas estadísticas y de segmentación de clientes, con una triple finalidad: 1) Estudiar productos o servicios que puedan ser ajustados a su perfil y situación comercial o crediticia concreta, todo ello para efectuarle ofertas comerciales ajustadas a sus necesidades y preferencias, 2) Realizar el seguimiento de los productos y servicios contratados, 3) Ajustar medidas recuperatorias sobre los impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados.*
- b) Asociar sus datos con los de sociedades con las que tenga algún tipo de vínculo, tanto por su relación de propiedad como de administración, al efecto de analizar posibles interdependencias económicas en el estudio de ofertas de servicios, solicitudes de riesgo y contratación de productos.*
- c) Realizar estudios y controles automáticos de fraude, impagos e incidencias derivadas de los productos y servicios contratados...”.*

Y en relación con estas finalidades, se indica lo siguiente:

“Los tratamientos indicados en los apartados (i), (ii) y (iii) podrán ser realizados de manera automatizada y conllevar la elaboración de perfiles, con las finalidades ya señaladas. A este efecto, le informamos de su derecho a obtener la intervención humana en los tratamientos, a expresar su punto de vista, a obtener una explicación acerca de la decisión tomada en base al tratamiento automatizado, y a impugnar dicha decisión”.

CAIXABANK advierte al cliente que los tratamientos indicados podrán ser realizados de manera automatizada y conllevar la elaboración de perfiles. A este efecto, CAIXABANK le informa sobre “su derecho a obtener la intervención humana en los tratamientos, a expresar su punto de vista, a obtener una explicación acerca de la decisión tomada en base al tratamiento automatizado, y a impugnar dicha decisión”.

Con ello, CAIXABANK advierte sobre operaciones de perfilado que se corresponden con las decisiones individuales automatizadas reguladas en el artículo 22 del RGPD, que dichos perfiles van a servir para tomar decisiones automatizadas con efectos jurídicos para el interesado o que le van a afectar significativamente de un modo similar. En este caso, según lo indicado, el interesado tiene derecho a ser informado por virtud de lo establecido en el artículo 13.2.f) del RGPD, incluyendo en esa información todas las cuestiones que esa letra menciona, como es la lógica aplicada, la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado, así como sobre la posibilidad de oponerse a la adopción de estas decisiones individuales automatizadas, y derecho a que sean atendidas todas las garantías previstas (además de la información específica al interesado, el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión).

El fundamento jurídico de estas acciones está basado, conforme a la información que facilita a los interesados-clientes, en el consentimiento de éstos.

Esta información, y las evidencias sobre la irregularidad de los consentimientos prestados por los clientes de CAIXABANK para el tratamiento de sus datos personales, determinó la imputación a dicha entidad en el acuerdo de apertura del procedimiento de una presunta infracción por la vulneración del artículo 22 del RGPD.

Sin embargo, la instrucción del procedimiento no ha permitido constatar que CAIXABANK lleve a cabo tratamientos de datos como los regulados en este artículo 22 del RGPD, es decir, que adopte decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado y que produzcan efectos jurídicos en el interesado o le afecten significativamente de modo similar.

Algunos tratamientos de datos conllevan la utilización de perfilados de los que podrían resultar efectos discriminatorios para los interesados (como, por ejemplo, créditos preconcedidos, precios ajustados al perfil del cliente, beneficios y promociones). Pero no se tiene constancia de que estos tratamientos respondan al concepto de “decisión individual automatizada” y que produzcan efectivamente efectos jurídicos o afecten significativamente al interesado.

Si así fuera, CAIXABANK deberá considerar lo establecido en el citado artículo 22 del RGPD y dar cumplimiento a las exigencias expresadas y a los requisitos que permiten considerar que el consentimiento se ha prestado de un modo válido, si esta fuera la base jurídica.

En consecuencia, se estima procedente, por falta de evidencias, declarar la inexistencia de infracción en relación con la imputación por un presunto incumplimiento de lo establecido en el artículo 22 del RGPD.

IX

Para el caso de que concurra una infracción de los preceptos del RGPD, entre los poderes correctivos de los que dispone la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, el artículo 58.2 de dicho Reglamento contempla los siguientes:

“2 Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

(...)

d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado;

(...)

i) imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias de cada caso particular;”.

Según lo dispuesto en el artículo 83.2 del RGPD, la medida prevista en la letra d) anterior es compatible con la sanción consistente en multa administrativa.

X

En el presente caso, ha quedado acreditado el incumplimiento del principio de transparencia establecido en los artículos 12, 13 y 14 del RGPD, así como el principio de licitud del tratamiento regulado en el artículo 6 del mismo Reglamento, con el alcance expresado en los Fundamentos de Derecho anteriores, lo que supone la comisión de sendas infracciones tipificadas en el artículo 83.5 del RGPD, que bajo la rúbrica “Condiciones generales para la imposición de multas administrativas” dispone lo siguiente:

“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9;

b) los derechos de los interesados a tenor de los artículos 12 a 22;(…)”.

A este respecto, la LOPDGDD, en su artículo 71 establece que “Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica”.

A efectos del plazo de prescripción, los artículos 72 y 74 de la LOPDGDD indican:

“Artículo 72. Infracciones consideradas muy graves.

1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

(...)

b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679.

c) El incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 para la validez del consentimiento.

(...)

k) El impedimento o la obstaculización o la no atención reiterada del ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

“Artículo 74. Infracciones consideradas leves.



Se consideran leves y prescribirán al año las restantes infracciones de carácter meramente formal de los artículos mencionados en los apartados 4 y 5 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular, las siguientes:

a) El incumplimiento del principio de transparencia de la información o el derecho de información del afectado por no facilitar toda la información exigida por los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) 2016/679”.

A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

“1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

- a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;
- b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;
- c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;
- d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;
- e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;
- f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;
- g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;
- h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;
- i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;
- j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y
- k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”

Por su parte, el artículo 76 “Sanciones y medidas correctivas” de la LOPDGDD dispone:

“1. Las sanciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 se aplicarán teniendo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el apartado 2 del citado artículo.

2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:

- a) El carácter continuado de la infracción.
- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.
- e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.

- f) La afectación a los derechos de los menores.
- g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.
- h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado”.

En este caso, considerando la gravedad de las infracciones constatadas procede la imposición de multa, además de la adopción de medidas.

De forma subsidiaria y por razones de proporcionalidad, CAIXABANK ha solicitado que se impongan otros poderes correctivos que permitan la implementación de ciertos cambios que tiene en proceso para depurar los errores en las cláusulas informativas y mejorarlas, como es el apercibimiento, y señala que esta medida se ha aplicado en algunos casos a personas jurídicas y no solo a personas físicas (cita como ejemplo los procedimientos PS/00072/2019; o PS/00096/2019). Adicionalmente, para el caso de que se desestime la petición anterior, solicita que se imponga una sanción en grado mínimo.

No cabe aceptar la solicitud formulada por CAIXABANK para que se impongan otros poderes correctivos, concretamente, el apercibimiento, que está previsto para personas físicas y cuando la sanción constituya una carga desproporcionada (considerando 148 del RGPD). En este caso, a diferencia de los precedentes invocados por CAIXABANK, no concurre ninguno de los presupuestos que fundamentarían la aplicación de la medida de apercibimiento, para lo cual, obviamente, también deberán considerarse otros factores, como la infracción cometida y su gravedad. En el presente caso, las irregularidades cometidas son mucho más graves y tienen mayor repercusión que la expresada por CAIXABANK, quien pretende reducir el supuesto analizado a unos simples defectos de la información ofrecida que no merecen ningún reproche que no sea su rectificación.

Por las mismas razones, y considerando los criterios de graduación de las sanciones que seguidamente se indican, se desestima igualmente la petición de imposición de una sanción en su grado mínimo.

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de las sanciones de multa a imponer en el presente caso al reclamado, como responsable de infracciones tipificadas en el artículo 83.5.a) y b) del RGPD, procede graduar la multa que correspondería imponer por cada una de las infracciones imputadas como sigue:

1. Infracción por incumplimiento de lo establecido en los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD:

Se estima que concurren en calidad de agravantes los siguientes factores que revelan una mayor antijuridicidad y/o culpabilidad en la conducta de la entidad CAIXABANK:

a) La naturaleza, gravedad y duración de la infracción: los hechos constatados ponen en cuestión toda la actuación desarrollada por CAIXABANK, en su conjunto, por cuanto las infracciones resultan de los procedimientos de gestión de datos personales diseñados por esa entidad para la adecuación de esos procesos al RGPD, los cuales se consideran irregulares desde el mismo momento de la recogida de los datos personales, poniendo en cuestión toda la actividad desarrollada por la entidad responsable desde la entrada en vigor del RGPD. Se tiene en cuenta, no obstante, que no se trata de un supuesto de ausencia total

de información, sino que los hechos controvertidos resultan de no proporcionar a los interesados información suficiente y adecuada en relación con los diversos tratamientos realizados.

A este respecto, alega CAIXABANK que las cuestiones analizadas en el procedimiento no revisten especial gravedad, considerando que se proporciona toda la información, aunque la AEPD entienda que es mejorable; que la infracción está calificada como leve; y no se ha causado perjuicio a los dos únicos reclamantes, dado que los tratamientos realizados son los necesarios para el desarrollo de la actividad.

En contra de lo expuesto por dicha entidad, se entiende que las deficiencias apreciadas revisten especial gravedad, por cuanto afectan a aspectos sustantivos del principio de transparencia y a todas las operaciones de tratamiento realizadas, que no se limitan a los tratamientos necesarios para el desarrollo de la actividad, como señala CAIXABANK. Ninguno de los precedentes citados en las alegaciones puede asimilarse en modo alguno al presente supuesto.

b) La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción: las actuaciones han acreditado una conducta negligente en relación con la vulneración de la normativa de protección de datos personales. Las vulneraciones constatadas, dada su evidencia, deberían haber sido advertidas por una entidad de las características de CAIXABANK y evitadas al diseñar sus procesos de gestión de datos personales.

Entiende CAIXABANK que el establecimiento de procedimientos claros en relación con la información y la prestación de consentimientos conlleva que este criterio de graduación de la sanción deba considerarse como una atenuante, sin considerar que las infracciones se consideran cometidas, precisamente, por lo contrario. Además, las infracciones no resultan solo del incumplimiento de los requisitos de obtención del consentimiento ni de las operaciones realizadas con esta base jurídica.

c) El carácter continuado de la infracción, en el sentido interpretado por la Audiencia Nacional, como infracción permanente.

d) La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales: todas las operaciones que constituyen la actividad empresarial desarrollada por CAIXABANK conllevan operaciones de tratamiento de datos personales.

e) La condición de gran empresa de la entidad responsable y su volumen de negocio: es una empresa líder en el sector financiero con una fuerte implantación nacional. Según la información que consta en la web “caixabank.es”, a 26/12/2019, CAIXABANK se declara líder en banca minorista, con un 29,3% de cuota de penetración de particulares en España. A 30/09/2019, la Cuenta de Resultados refleja un “Margen de explotación” de 2.035 millones de euros. Según la información que consta en el Registro Mercantil Central, el “Capital suscrito” asciende a 5.981.438.031,00 euros.

f) Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente: las infracciones afectan a todos los tratamientos de datos que realiza CAIXABANK que no resulten necesarios para la ejecución del contrato, en los que se emplea toda la información relativa a los clientes.

g) Elevado número de interesados: los defectos apreciados afectan a todos los clientes personas físicas de la entidad. Según la información disponible en la web “caixabank.es” a fecha 26/12/2019, la entidad contaba con 15,7 millones de clientes.

h) La entidad imputada no tiene implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, de modo que la infracción no es consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos, sino un defecto del sistema de gestión de los datos personales diseñado por la responsable. Se tiene en cuenta que los incumplimientos constatados son estructurales y no resultan de un incumplimiento puntual.

Según CAIXABANK un defecto de información no puede entenderse como un defecto del sistema. Sin embargo, resulta evidente que el presente supuesto no se refiere, simplemente, a un defecto de información.

Considerando los factores expuestos, la valoración que alcanza la multa por la infracción imputada es de 2.000.000 euros.

2. Infracción por incumplimiento de lo establecido en el artículo 6 del RGPD, en relación con el artículo 7 del mismo texto legal y artículo 6 de la LOPDGDD, tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.b) y c) de la LOPDGDD:

Se estima que concurren en calidad de agravantes, además de los factores expuestos en relación con la infracción anterior, señalados con las letras b), c), d), e), g) y h), los siguientes factores que revelan una mayor antijuridicidad y/o culpabilidad en la conducta de la entidad CAIXABANK:

a) La naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de las operaciones de tratamiento de que se trata: las infracciones resultan de los procedimientos de gestión de datos personales diseñados por CAIXABANK para la adecuación de esos procesos al RGPD, los cuales se consideran irregulares desde la recogida de los datos personales y de la prestación de los consentimientos solicitados a los clientes en ese mismo momento. La gravedad de las infracciones se incrementa atendiendo al alcance o propósito de las operaciones de tratamiento de que se trata, que incluyen la elaboración de perfiles utilizando una información excesiva.

b) El grado de responsabilidad del responsable, habida cuenta de las medidas técnicas y organizativas aplicadas en virtud de los artículos 25 y 32; considerando que los hechos constatados ponen de manifiesto que CAIXABANK no ha cuidado que en los tratamientos de datos se utilicen exclusivamente los datos necesarios en razón al fin pretendido.

Frente a ello no puede oponerse la adopción de medidas durante los últimos años encaminadas a favorecer la privacidad desde el diseño. Lo relevante es que tales medidas sean las adecuadas y, en relación con lo expuesto, las adoptadas por CAIXABANK no lo son.

c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción: la información relativa a los clientes se utiliza para diseñar nuevos productos o servicios o mejorar los existentes y para la difusión de los mismos. Para apreciar este beneficio no es necesario que la entidad responsable haya monetizado los datos personales, realizando ventas de datos

con fines comerciales, como alega CAIXABANK.

d) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas: se tiene en cuenta el alto grado de intromisión en la privacidad de los clientes de CAIXABANK y que toda la información es comunicada a terceros (empresas del Grupo CaixaBank).

Las cesiones se han producido y han quedado acreditadas. La propia CAIXABANK ha reconocido el intercambio de información con las empresas del Grupo.

e) Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente; entre los que destacan, de modo significativo, las cesiones de datos personales a terceros. Alega la entidad responsable que no ha iniciado las cesiones de datos, sin considerar las realizadas a las entidades del Grupo CaixaBank.

f) Las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción, que incluye perfiles del cliente, inferidos utilizando toda la información disponible del cliente, incluida la recabada para el cumplimiento de obligaciones legales. En nada afecta a esta conclusión el hecho de que los tratamientos no utilicen datos de categoría especial, manifestado por CAIXABANK.

Considerando los factores expuestos, la valoración que alcanza la multa por la infracción imputada es de 4.000.000 euros.

Las alegaciones a la apertura del procedimiento formuladas por la entidad CAIXABANK no contienen ninguna observación sobre las circunstancias señaladas con las letras c), d), e), f) y g) del punto 1.

En cambio, solicitó que se tengan en cuenta como atenuante las medidas tomadas para regularizar la situación puesta de manifiesto en la reclamación reseñada en el Hecho Probado Cuarto, implementando las medidas recomendadas por la organización de consumidores y usuarios que presentó la reclamación; junto con el propósito que tiene de elaborar un nuevo “Contrato Marco”; así como el grado de cooperación mostrado para poner remedio a la situación irregular y mitigar los posibles efectos adversos.

Estas acciones no se estiman de relevancia suficiente para ser consideradas en este procedimiento a los efectos pretendidos por CAIXABANK. Con las medidas tomadas en relación con la reclamación citada, relacionadas únicamente con el proceso presencial de obtención del consentimiento del cliente, no se ha producido una verdadera regularización, ni se mitigaron los efectos adversos de las infracciones cometidas. Por otra parte, la elaboración de un nuevo “Contrato Marco” no es sino la consecuencia necesaria de la irregularidad del documento empleado por CAIXABANK y analizado en el presente procedimiento. Por tanto, se desestima la solicitud de considerar tales actuaciones como una circunstancia atenuante.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, CAIXABANK declara reproducidas sus alegaciones al acuerdo de inicio, sin formular, tampoco en este caso, ninguna consideración sobre los criterios de graduación señaladas con las letras c), d), e), f) y g) del punto 1.

En estas alegaciones solicita nuevamente que se tengan en cuenta como atenuantes las medidas tomadas por CAIXABANK, así como el grado de cooperación mostrado, dentro y

fuera del marco del procedimiento, para poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción.

Por último, advierte CAIXABANK sobre la desproporción sin precedentes de la sanción impuesta, considerando que se trata de un supuesto de infracción leve y no de ausencia de información, y que no se producen cesiones de datos fuera del marco de la corresponsabilidad de facto y, en la actualidad, formal que existe en el Grupo CaixaBank (sin que la libre voluntad de los sujetos se haya visto mermada en caso alguno). Añade que la sanción propuesta es 8 veces superior a la multa más alta impuesta bajo el RGPD (si no tenemos en cuenta “la otra” sanción ejemplar del sector financiero, recientemente conocida), y 3 veces superior al máximo previsto bajo el régimen anterior para las infracciones más graves, ignorando la aplicación de los atenuantes que CAIXABANK detalla en sus alegaciones.

A juicio de esta Agencia, no puede admitirse la actitud cooperante de CAIXABANK, que ha negado sistemáticamente los hechos, a pesar de su evidencia.

Por otra parte, ninguna de las circunstancias expresadas por dicha entidad para fundamentar la desproporción de la sanción concurre en este caso, en el que también se comete una infracción muy grave, a la que CAIXABANK no suele referirse en ninguna de sus alegaciones, intentando reducir el supuesto analizado, como ya se ha dicho, a meros errores en la información proporcionada a los clientes. Precisamente, uno de los hechos determinantes, no el único, de la infracción muy grave tiene que ver con las cesiones de datos de los clientes, de todos los datos y todos los clientes, que CAIXABANK realiza a las empresas del Grupo CaixaBank, sobre la que el interesado no tiene oportunidad de pronunciarse, quedando comprometida su libre elección.

En todo caso, la proporcionalidad de la sanción resulta de la aplicación de los criterios de graduación establecidos en el correspondiente régimen de infracciones y sanciones, el que resulte de aplicación a los hechos constatados, es decir, el régimen vigente. Así, no procede calificar la sanción impuesta como desproporcionada acudiendo al régimen de infracciones y sanciones que regulaba la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), para afirmar que la sanción impuesta es tantas veces superior a las previstas en aquella Ley Orgánica, sino a la norma que establece las medidas que procede imponer en este caso, esto es, el RGPD.

Este Reglamento, en su artículo 83.3, establece que los incumplimientos de los artículos 13, 14, y 6 del mismo RGPD se sancionarán con multas administrativas de 20.000.000 de euros (veinte millones de euros) como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía. Considerando esta regulación y los criterios de graduación antes valorados, la multa impuesta a CAIXABANK no resulta desproporcionada. De nada vale argumentar que la LOPD preveía sanciones por importes inferiores.

Lo cierto es que, en este aspecto, como en muchos otros, el RGPD ha supuesto un cambio de paradigma en la protección de los datos personales, estableciendo medidas con un claro carácter disuasorio. Basta con examinar las sanciones que, en esta materia, han impuesto recientemente otros países europeos, que son públicas, para entender el alcance del cambio que conlleva la aplicación del RGPD. A continuación, se incluyen los enlaces a algunas de estas resoluciones, como ejemplos:

. https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros_es;
. https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/aggressive-telemarketing-practices-vodafone-fined-over-12-million-euro_es;
. https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/belgian-dpa-imposes-eu600000-fine-google-belgium-not-respecting-right-be_es.

Por otra parte, entiende también CAIXABANK que procede calificar como atenuante el hecho de haber procedido a clarificar más aún la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el cual solicita el consentimiento, hasta tal punto que devendría del todo innecesaria la imposición de las medidas correctoras propuestas por la AEPD.

La citada entidad ha manifestado en su escrito de alegaciones que ha dispuesto una nueva estructura de los documentos mediante los que informa a los clientes en la materia que nos ocupa, elaborando una nueva Política de Privacidad, como documento básico, y modificando el “Contrato Marco” para que el mismo ofrezca únicamente información básica y remita a la Política de Privacidad, como segunda capa. Según indica, se pretende una total uniformidad y un detalle más profundo de la información. Y ha aportado copia de ambos documentos, junto con el “Acuerdo de corresponsabilidad”, al que se hizo referencia en el Fundamento de Derecho VII al tratar las comunicaciones de datos a las empresas del Grupo CaixaBank, impresión de pantalla relativas a los procesos de recogida de consentimientos. CAIXABANK señala, asimismo, que ha dispuesto un comunicado masivo a los clientes informando sobre los cambios.

Considera esta Agencia que las acciones mencionadas, vistas las evidencias obtenidas en el presente caso, son una exigencia del principio de responsabilidad proactiva y la diligencia en cuanto al cumplimiento de la normativa de protección de datos que debe esperarse de una entidad como CAIXABANK y que el propio RGPD impone expresamente, incluida la obligación de revisar y actualizar las medidas organizativas que garantizan la adecuación de sus tratamientos de datos con el RGPD.

Y considera también esta Agencia que no existe una verdadera regularización de la situación generada por los incumplimientos constatados, ni se han mitigado sus efectos.

Por un lado, no cabe aceptar el planteamiento que realiza CAIXABANK en su alegato, según el cual la única actuación que se reprocha es el redactado de los textos informativos, mediante los que informa a sus clientes sobre el tratamiento de sus datos personales.

Y, por otro lado, en relación con los consentimientos prestados y con los tratamientos de datos que realiza, CAIXABANK se limita a señalar que las menciones al cese de tratamientos son desproporcionadas. En sus alegaciones, no hace referencia alguna a la regularización en sus registros de las anotaciones correspondientes a los consentimientos recabados hasta la fecha, ni a la suspensión de los tratamientos de datos personales calificados como ilícitos en las presentes actuaciones o la supresión de los datos personales recabados de terceros o inferidos por la propia entidad.

Una vez más, como tantas veces antes se ha dicho, CAIXABANK pretende reducir las cuestiones suscitadas a defectos de información, de los que únicamente puede derivarse, a su juicio, la exigencia de corregirlos. Sin embargo, en contra de lo pretendido por CAIXABANK, no puede obviarse el incumplimiento de lo establecido en el artículo 6 del RGPD, junto con la gravedad y repercusión de los defectos apreciados en la información

ofrecida a los interesados.

Así, la supuesta corrección de la información contenida en los documentos aportados por CAIXABANK, aun suponiendo que esta corrección fuera completa, no constituye una verdadera regularización de la situación irregular comprobada en el presente procedimiento sancionador. Por tanto, se desestima la solicitud de considerar tales actuaciones como una circunstancia atenuante.

Por otra parte, CAIXABANK no aporta ningún informe o evaluación, ni explica cómo ha adaptado los documentos que determinan la configuración de esa nueva Política de Privacidad y posibilitarían su análisis por esta autoridad de control (ej., el registro de actividades de tratamiento, los informes de evaluación de impacto o la ponderación del interés legítimo).

CAIXABANK ha disfrutado de numerosas oportunidades para aportar esta documentación durante la tramitación del procedimiento. En todas y cada una de las comunicaciones que le han sido remitidas ha sido advertida sobre el principio de acceso permanente regulado en el artículo 53 “Derechos del interesado en el procedimiento administrativo” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reconoce a los interesados en el procedimiento el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación y a formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

No es posible, en consecuencia, considerar regularizada la situación irregular.

XI

De acuerdo con lo establecido en el artículo 58.2.d) del RGPD, cada autoridad de control podrá “ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado...”.

En este caso, considerando las circunstancias expresadas en relación con los incumplimientos apreciados, procede requerir a CAIXABANK para que, en el plazo que se indica en la parte dispositiva, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos prestan su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales.

En aquellos casos en los que el interesado no haya sido debidamente informado sobre las circunstancias reguladas en los artículos 13 y 14 del RGPD o el interesado no hubiese prestado su consentimiento válido, CAIXABANK no podrá llevar a cabo la recogida y tratamiento de los datos personales. Lo mismo procede en relación con los tratamientos de datos basados en el interés legítimo del responsable y con todos aquellos declarados ilícitos en el presente acto, incluidas las comunicaciones de datos personales a las empresas del Grupo CaixaBank.

Todo ello con el alcance y en el sentido expresado en los Fundamentos de Derecho

del presente acto.

Asimismo, procede requerir a CAIXABANK para que comunique a las entidades del Grupo CaixaBank a las que hubiese comunicado datos personales de los clientes para que supriman tales datos y cesen en la utilización de los mismos. Procede, asimismo, requerir a CAIXABANK para que cese en el tratamiento de los datos personales que le son facilitados por las entidades pertenecientes al Grupo CaixaBank, relativos a clientes de estas últimas.

Se advierte que no atender los requerimientos de este organismo puede ser considerado como una infracción administrativa grave al “no cooperar con la Autoridad de control” ante los requerimientos efectuados, pudiendo ser valorada tal conducta a la hora de la apertura de un procedimiento administrativo sancionador con multa pecuniaria.

En relación con estas medidas, con las que se pretende reparar la situación irregular generada por CAIXABANK en el tratamiento de los datos de sus clientes y de los clientes de las entidades del Grupo CaixaBank, así como la corrección de la información que ofrece en materia de protección de datos personales, dicha entidad ha manifestado que supondrían un impacto irreparable, pero sin describir en qué consiste este impacto y sin justificar por qué es irreparable.

En todo caso, no cabe alegar circunstancias particulares para justificar la no aplicación de la norma.

Advierte también sobre la situación sanitaria mundial actual, que restringe las visitas a las oficinas por parte de los clientes. Entiende esta Agencia que con ello pretende reflejar las dificultades que supone esta crisis para regularizar la situación de los clientes. Sin embargo, el plazo otorgado en la parte dispositiva se estima suficiente para llevar a cabo la regularización pertinente>>>.

IV

En su escrito de recurso, CAIXABANK se limita a reproducir los argumentos expuestos en los escritos de alegaciones presentados durante la tramitación del procedimiento que dio lugar a la resolución impugnada, sin considerar los hechos constatados y los fundamentos que determinaron el acuerdo adoptado, en los que, además, se analizan ampliamente las circunstancias puestas de manifiesto por dicha entidad y se exponen las razones que determinaron su desestimación.

El recurso plantea las mismas cuestiones que fueron suscitadas por la recurrente durante la tramitación del procedimiento, y lo hace en los mismos términos, a modo de resumen.

Incluso, en gran parte, el escrito de recurso reproduce de forma casi literal el escrito presentado por dicha entidad de alegaciones a la propuesta de resolución elaborada por el instructor del procedimiento. Ello explica la transcripción de los Fundamentos de Derecho efectuada anteriormente, que incluyen las partes dedicadas a exponer los motivos que desvirtúan aquellas alegaciones, que no se tienen en cuenta por CAIXABANK al formular el recurso y que ahora son válidas para rechazar sus pretensiones.

La recurrente, por otra parte, omite en su recurso cualquier referencia a cuestiones principales, hecho o de derecho, puestas de manifiesto en el acto impugnado, muchas de

ellas determinantes para declarar las infracciones o para rechazar los planteamientos defendidos por la entidad interesada.

Las referencias que contiene el recurso interpuesto a la fundamentación expuesta en la resolución se presentan como meras negaciones de los argumentos expuestos en la misma, sin añadir de contrario ningún razonamiento.

Por tanto, los alegatos contenidos en el recurso quedan sobradamente rebatidos con los argumentos transcritos, que se consideran válidos y suficientes para rechazar la anulación de la resolución de 05/01/2021 solicitada.

Se considera oportuno, no obstante, realizar algunas puntualizaciones y consideraciones, que se exponen a continuación siguiendo la estructura del recurso:

a) CAIXABANK alega nuevamente la conculcación del derecho a la presunción de inocencia y del principio de objetividad, y mantiene al respecto que la falta de recusación por su parte de la titular del órgano competente para resolver no desvirtúa la falta de imparcialidad que resulta de haber prejuzgado el asunto antes de tener a su alcance todos los elementos probatorios.

Pero no fue esta la postura mantenida por la Agencia en su resolución, es decir, la alegación de falta de imparcialidad no fue rechazada por el hecho de que CAIXABANK no hubiese planteado la recusación. Lo que se tuvo en cuenta, entre otras razones, fue la no concurrencia de ningún motivo de recusación, objetivamente justificada, y la actuación desarrollada con objetividad y sometimiento al derecho; así como el respeto de todas las garantías, incluida la presunción de inocencia, y de las facultades que la norma reconoce al instructor del procedimiento, que no se deduce de la rebaja de la sanción señalada por la recurrente, sino de la debida separación entre las fases de instrucción y de resolución del procedimiento sancionador, separación entre fases que en este caso no ha quebrado y que se respeta escrupulosamente en todos los procedimientos de esta naturaleza seguidos en la AEPD.

b) Reitera también sus alegaciones anteriores sobre la quiebra de los principios de buena fe y confianza legítima, considerando que remitió a la AEPD toda la información por la que ahora se sanciona, recibiendo de contrario varios comentarios telefónicos que fueron implementados y dos negativas a comentarlo presencialmente en una reunión, y que, en base a ello, estimo que su actuación era correcta.

Sobre esta cuestión, responde a la argumentado en la resolución recurrida manifestando que existen signos externos sobre la influencia en su comportamiento de los hechos en los que basa esta alegación y que los formalismos que expone la Agencia en la resolución (no haber seguido el canal formalmente previsto o la falta de previsión en el RGPD de este tipo de consultas) no desmerecen sus alegaciones.

Sin embargo, no puede decirse que CAIXABANK consultara a la Agencia ni remitió toda la información por la que ahora se sanciona. No hay más que ver el detalle de la gran cantidad de documentación considerada en el procedimiento, que no se limita a las cláusulas informativas del “Contrato Marco”.

Y tampoco los argumentos de la AEPD son meros formalismos, por cuanto tienen que ver con

la existencia o no de un pronunciamiento cuyo contenido jurídico tenga virtualidad suficiente para que pueda enfrentarse a pronunciamientos posteriores.

Alega, además, la recurrente que existen signos externos sobre la influencia de estos hechos en su comportamiento, pero sin aportar o detallar ninguno. Lo cierto es que no existe ningún signo ni pronunciamiento externo, innegable e indudable, de la Administración que valide aquellos documentos de forma vinculante. Ya se dijo en la Resolución impugnada que *“CAIXABANK no puede aportar ningún pronunciamiento o actuación de esta Agencia que le lleve a esa presunta confusión, simplemente porque no existe actuación alguna en ese sentido”*.

c) En cuanto a la cuestión relativa a la extensión artificial y antijurídica de las actuaciones previas, que esta entidad considera caducadas, que ya fue alegada en los escritos presentados durante la tramitación del procedimiento sancionador, CAIXABANK añade en su recurso que la Agencia se limitó a responder dicha alegación negándola y relatando los hechos y distintos procedimientos e instrucciones concatenadas, que ponen de manifiesto el artificioso entramado de instrucciones e investigaciones que se han llevado a cabo para mantener vivo un procedimiento de años de antigüedad.

Entiende esta Agencia que esta alegación no se ajusta a la realidad y que también a este respecto omite la recurrente aspectos esenciales. En la Resolución no se relatan los distintos procedimientos e instrucciones porque solo se ha instruido un único procedimiento, el que ha dado lugar a la resolución recurrida. Lo que incluye la resolución es una descripción de las actuaciones desarrolladas para justificar su encaje en la normativa procesal aplicable, considerando las normas y los criterios jurisprudenciales que se citan en el Fundamento de Derecho II, apartado 3, que CAIXABANK no tiene en cuenta al elaborar su recurso.

Interesa destacar, en este momento, que el recurso nada dice sobre otras cuestiones que si fueron planteadas en sus escritos de alegaciones a la incoación del procedimiento y frente a la propuesta de resolución. Entre estas cuestiones ahora excluidas del recurso se encuentra la prescripción de las infracciones ni sobre la falta de respeto durante la fase previa de las garantías esenciales del procedimiento sancionador, tales como informar de la imputación, recordar el derecho a no declarar contra uno mismo, etc.; y nada tampoco sobre la vulneración de la presunción de inocencia por la consideración en el procedimiento de los elementos de prueba obtenidos de las investigaciones desarrolladas.

Y tampoco alega en el recurso lo que si alegó como causa de indefensión en sus alegaciones anteriores, en relación con la enumeración de los criterios de graduación en el acuerdo de apertura sin motivación alguna y sin especificar si se aplican como agravantes o atenuantes.

d) No es cierto lo manifestado por CAIXABANK en relación con la falta de uniformidad de la información facilitada a los clientes. Se indica en el recurso que la AEPD parte de un reducido e incidental número de casos y que la falta de uniformidad que objeta la resolución no supone una merma de información ni confusión, ya que se proporciona información completa mediante la “Política de Privacidad”, cuya información coincide con la del “Contrato Marco”.

Es preciso señalar al respecto que la falta de uniformidad de la información no afecta a un número reducido de clientes, que existe merma de información en muchos casos y que el contenido de la “Política de Privacidad” no es similar al del “Contrato Marco”.

Además, esta alegación es contraria a las manifestaciones realizadas por CAIXABANK durante la tramitación del procedimiento, según las cuales el deber de información se cumple con el “Contrato Marco” y no con el resto de documentos que, según indicaba la recurrente en sus alegaciones anteriores, son complementarios del citado Contrato.

Esta falta de uniformidad de la información ofrecida quedó acreditada considerando que la información se facilitó a algunos clientes únicamente mediante el “Contrato de Consentimiento” o únicamente mediante la “Política de Privacidad”, sin que éstos hubiesen suscrito el “Contrato Marco”.

También consta acreditado que estos documentos no son uniformes, como queda explicado a lo largo de la resolución recurrida. Como detalle más significativo, de las muchas diferencias apreciadas entre los mencionados documentos, cabe destacar que el “Contrato de Consentimientos” ofrece información equivalente a la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, de forma que los clientes que suscriben este documento lo hacen sin disponer de información esencial.

También se destacó en la resolución que CAIXABANK niega esta falta de uniformidad, pero, al mismo tiempo, alega que el proceso de mejora que ha desarrollado ha supuesto una coherencia de todos los documentos.

Por otra parte, en el recurso se reitera que las divergencias de información que puedan encontrarse entre los diferentes documentos se deben únicamente al proceso de actualización de tales documentos, siendo en todo caso algo puramente temporal, y se advierte al respecto que esta Agencia conocía tales documentos. Esta Agencia niega haber conocido con anterioridad a la tramitación del procedimiento sancionador la documentación objeto del mismo y sus distintas versiones.

e) Nada nuevo contiene el recurso de reposición interpuesto respecto de emplee una terminología imprecisa con formulaciones vagas, ni que se genere confusión alguna sobre los tratamientos de datos basados en la relación contractual, ni sobre las finalidades a que se destinarán los datos personales de los clientes y la base jurídica del tratamiento, o sobre la confusión de bases jurídicas apreciada en la información que se ofrece a los clientes en la materia que nos ocupa.

Todos los reproches que se describen en la resolución impugnada en relación con estas cuestiones pretenden salvarse por parte de CAIXABANK en base a las encuestas e informes aportados con sus alegaciones a la propuesta de resolución, en los que se concluye, según esa entidad, que los clientes comprendían la información y destaca, en concreto, que estos estudios externos acreditaron que los clientes entendían qué tratamientos se realizan para la ejecución del contrato y cuales con finalidades comerciales, así como las distintas bases legales.

Pero, de tales encuestas e informes, difícilmente pueden extraerse las conclusiones que indica la recurrente en su recurso, ya que los estudios aportados están referidos exclusivamente a la información contenida en la Cláusula 8 del “Contrato Marco”, que está dedicada a los tratamientos basados en el consentimiento de los interesados, y no analizan ni aportan conclusión alguna en relación con los tratamientos realizados para la ejecución del contrato o basados en otras bases jurídicas distintas al consentimiento, o sobre las finalidades pretendidas con los tratamientos de datos.

Como ya se indica en la resolución de 05/01/2021, las conclusiones de esos estudios nada acreditan en contrario respecto de la indefinición de la información ofrecida, en general. Asimismo, en la parte final del Fundamento de Derecho VI de la resolución se advierte que el incumplimiento de las obligaciones de información que corresponde cumplir al responsable del tratamiento no resulta sólo de la falta de comprensión de las cláusulas informativas (se enumeran algunos de los reparos), por lo que no pueden justificarse con un simple examen lingüístico, el cual adolece, además, de importantes limitaciones técnicas o sustantivas que limitan su alcance en comparación con la amplitud de fines y tratamientos de datos que se contemplan en la información facilitada por CAIXABANK, también detalladas en la resolución impugnada.

Por otra parte, CAIXABANK, en relación con las cuestiones mencionadas en este apartado, señala que se tomaron medidas adicionales para evitar cualquier posible consecuencia indeseada en sujetos que pudieran no haber comprendido la información facilitada, y cita lo que la propia recurrente ha denominado regla del “No es No”, que no fue establecida para estos casos. Según explicó CAIXABANK, esta regla pretendía evitar que un cliente que no hubiese prestado su consentimiento para el tratamiento de sus datos con finalidades comerciales fuese destinatario de campañas comerciales al amparo del interés legítimo de la responsable (y quedó acreditado que los tratamientos que no debían realizarse conforme a dicha regla sí se llevaron a cabo).

f) Al igual que para los aspectos examinados en los apartados anteriores, también la respuesta que ofrece el recurso sobre la falta de información de las categorías de datos personales sometidos a tratamiento y los intereses legítimos de CAIXABANK se reduce a afirmar genéricamente su cumplimiento.

No se entiende que CAIXABANK alegue que informa sobre los intereses legítimos, habiendo quedado probado que en ningún tratamiento de datos amparado en esta base jurídica se especifica ningún interés legítimo que lo justifique -se limita a señalar los tratamientos que realiza con esta base jurídica y las finalidades, principalmente comerciales, para las que son tratados los datos personales. Realiza, incluso, tratamientos de datos basados en el interés legítimo sobre los que no se informa.

También en relación con esta cuestión omite el recurso interpuesto circunstancias esenciales que interesa destacar:

- . Ningún argumento se expone sobre la exigencia de informar sobre las categorías de datos sometidos a tratamientos basados en el consentimiento del titular de los datos, necesaria, precisamente, para dar validez al consentimiento prestado; o sobre la elaboración de perfiles en base al interés legítimo del responsable, que son utilizados posteriormente para la realización de tratamientos de datos personales con finalidades comerciales basados en el consentimiento de los interesados.

- . Ninguna explicación se ofrece sobre el uso de todos los datos que se generen en la contratación y operativa de los productos y servicios.

- . Ni sobre la falta de información sobre las categorías de datos no recabados directamente del interesado, sino de productos y servicios contratados por el interesado con terceros (en algunos casos comercializados por CAIXABANK, que interviene como encargada del tratamiento), o datos personales procedentes de fuentes externas o inferidos por la propia entidad. Nada se indica tampoco por CAIXABANK en sus alegaciones sobre los datos

confeccionados a partir de todos los anteriores.

. Ninguna consideración sobre la falta de información sobre las categorías de datos personales que se tratarán para cada una de las finalidades.

. Tampoco hace ninguna mención al hecho de que en el “Contrato Marco” se informe sobre tratamientos similares en relación con finalidades distintas, amparadas en el interés legítimo en unos casos y en el consentimiento en otros. Como se dijo en la resolución, *“ello puede suponer que un tratamiento no consentido por el interesado se lleve finalmente a cabo al amparo del interés legítimo del responsable, desvirtuando la capacidad de los clientes de decidir sobre el destino de sus datos personales”*. Se produce con ello una confusión sobre las bases jurídicas del tratamiento de la que era consciente CAIXABANK, según ha quedado probado con la documentación recabada durante la fase de pruebas (Evaluación de Impacto consisten en la *“Selección de público objetivo previo a la realización de campañas por distintos canales y elaboración de listados o informes no agregados con finalidad comercial”* y el posterior *“Impacto publicitario al público objetivo por distintos canales”*. Para ambas finalidades, en esta evaluación se expresa, como *“título habilitante”, el “consentimiento o interés legítimo, según corresponda”*).

g) Una cuestión tan importante como la elaboración de perfiles y los usos a los que se destinan no se desarrolla en el recurso, que simplemente declara reproducidas las alegaciones anteriores, sin exponer nada frente a lo argumentado en la resolución.

h) CAIXABANK manifiesta en su recurso que hay base jurídica para los tratamientos y que los consentimientos cumplen todos los requisitos legalmente establecidos.

Una vez más la recurrente basa su defensa en meras afirmaciones genéricas sobre el cumplimiento de la norma, sin oponer ni un solo argumento frente a lo expuesto en la resolución. Y lo hace únicamente en relación con la obtención del consentimiento de los interesados para los tratamientos amparados en esta base jurídica, sin mención alguna sobre la falta de información sobre la base jurídica que habilite las cesiones de datos a las empresas del Grupo CaixaBank, cesiones sobre las que el interesado, además, no tiene oportunidad de manifestarse; o respecto a la agrupación de tratamientos que persiguen una finalidad distinta a aquella sobre la que el interesado se pronuncia en una sola manifestación de voluntad, incumpliendo la obligación de separación de los fines y prestación del consentimiento para cada uno de ellos; ni sobre las deficiencias del procedimiento habilitado para la firma del “Contrato Marco” y la prestación de los consentimientos;

El recurso no contiene, asimismo, ninguna referencia a la asociación de los datos del cliente con datos personales de terceros con los que mantenga algún vínculo, familiar o social, que no puede basarse en el consentimiento del cliente al no ser el titular de los datos en cuestión; o sobre los tratamientos que realiza sin base jurídica realizados con datos personales obtenidos de terceros.

Y tampoco desarrolla ningún alegato sobre los tratamientos basados en el interés legítimo y las circunstancias consideradas en la resolución para declararlos ilícitos.

Se considera importante destacar, por otra parte, que el recurso no hace ninguna alusión a alegaciones que CAIXABANK si planteó en sus escritos anteriores, de alegaciones a la apertura del procedimiento y a la propuesta de resolución, en las que defendía que aquellos tratamientos sobre los que el cliente no tiene oportunidad de pronunciarse no se llevan a cabo o están amparados por otra base legal; o en las que calificaba como un “error” que no rompe

el principio de especificidad el hecho de incluir entre las operaciones de tratamiento amparadas en el consentimiento algunas que debían haber sido incluidas en otras bases jurídicas.

Y lo mismo puede decirse respecto de los tratamientos que realiza para *“Diseñar productos o servicios, o mejorar el diseño y usabilidad de los existentes, así como definir o mejorar las experiencias de los usuarios en su relación con CaixaBank y las Empresas del Grupo CaixaBank”*, sobre las que CAIXABANK alegó que no se realizan con datos personales, sino analizando estadísticas y datos agregados tras procesos de anonimización.

i) Se alega en el recurso que no hay cesión ilícita de datos a empresas del grupo, que lo que hay es corresponsabilidad.

Ninguno de los argumentos expuestos para defender este alegato, que responden, básicamente, a las mismas justificaciones vertidas por CAIXABANK en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, tiene virtualidad suficiente para salvar los argumentos de la resolución impugnada.

Incluso la conclusión reseñada por CAIXABANK en este apartado coincide literalmente con lo expresado en las alegaciones a la propuesta: *“Concluye que no se producen cesiones de datos en los términos previstos en el RGPD, ni la corresponsabilidad requiere de un consentimiento separado (en el marco de las “finalidades comerciales”), en tanto que es una situación de hecho (no es algo pactable ni requiere de base legal bajo el artículo 6 RGPD para concurrir)”*.

Siendo así, lo expresado en la resolución sirve en su totalidad como respuesta al recurso.

No obstante, dado que algunas de las manifestaciones realizadas por CAIXABANK no se ajustan a los hechos y razonamientos considerados en la resolución, se estima pertinente efectuar las aclaraciones siguientes:

. No entiende CAIXABANK lo expresado en la resolución de 05/01/2021 cuando señala que la relación existente entre esa entidad y las compañías del Grupo CaixaBank ha sido siempre de corresponsabilidad, desde mucho antes de las alegaciones a la propuesta de resolución.

La citada resolución no *“insinúa”*, como señala el recurso, que exista corresponsabilidad a partir del momento en que se formulan las alegaciones a la propuesta y se aportan los borradores de acuerdos de corresponsabilidad que pretenden formalizar las empresas del Grupo. Lo que se dijo exactamente es que ni siquiera en ninguna de las fases anteriores alegó esta corresponsabilidad y que tampoco el Registro de Actividades de Tratamiento recoge operaciones en las que CAIXABANK intervenga como corresponsable.

. Esta alegación se refiere, en los términos empleados por la recurrente, a los *“tratamientos objeto de corresponsabilidad”* o *“tratamientos afectados por la corresponsabilidad”*. Y se indica que esta corresponsabilidad resulta de una situación de facto que no puede ser acordada por las partes, tanto a nivel regulatorio como comercial, en la que todas las entidades participan conjuntamente en la toma de decisiones sobre los fines y medios de los tratamientos objeto de corresponsabilidad. A este respecto, añade que esta realidad no cambia por los formalismos a los que recurre la AEPD, los cuales no pueden servir para declarar la inexistencia de esa corresponsabilidad, menos aún sin considerar la prueba formal facilitada

(invoca las Directrices 07/2020 del CEPD, sobre los conceptos del responsable y el encargado en el RGPD, según las cuales la consideración acerca de la corresponsabilidad se debe llevar a cabo bajo un análisis de hechos, partiendo de la realidad y no de aspectos formales -y aporta diversos ejemplos de esta participación común).

Tampoco este planteamiento coincide con lo expresado en la resolución impugnada, en la que no se declaran ilícitos tratamientos de datos realizados bajo un régimen de corresponsabilidad que no ha sido debidamente formalizado.

Con los aspectos sobre el régimen de corresponsabilidad que son analizados en la resolución se da respuesta a las alegaciones que formuló CAIXABANK, pero la infracción que se declara va más allá de los *“tratamientos afectados por la corresponsabilidad”* a los que se limita dicha entidad en su recurso.

Tal y como se indica en el Fundamento de Derecho VII de la resolución, en el apartado *“Otros tratamientos de datos personales sin base jurídica. Comunicación de datos a empresas del Grupo CaixaBank”*, se analizan las cesiones de datos personales de clientes que CAIXABANK realiza a las empresas del Grupo CaixaBank y las realizadas por todas ellas entre sí, para concluir que se trata de cesiones de datos personales sin base jurídica.

Lo que CAIXABANK ha dispuesto no es la realización de determinados tratamientos en régimen de corresponsabilidad con otras entidades del Grupo, sino un intercambio de información global, de modo que todas las empresas comparten los datos personales registrados en sus sistemas con todas las demás (en sus alegaciones a la apertura del procedimiento, la recurrente llegó a afirmar que todas las entidades eran responsables directas y conjuntas de todos los datos personales).

No es necesario reiterar aquí lo ya señalado en el Fundamento de Derecho citado, en el que se concluye que ese intercambio de información es ilícito y no se ajusta al concepto de *“corresponsabilidad”*.

Como una nota más de lo aclarado anteriormente, cabe reproducir lo indicado en el mismo Fundamento cuando advierte que *“no se excluye que pudiera admitirse otras comunicaciones de datos personales, con otras finalidades, que pudieran justificarse por el concepto de grupo empresarial, incluso basadas en el interés legítimo”*.

Con lo expuesto queda claro, por otra parte, que no es cierto lo señalado por la recurrente en el recurso, dando a entender que *“la AEPD ha interpretado que todos los tratamientos relativos al “Contrato Marco” caen en el paraguas de la corresponsabilidad”*.

. Aunque no afecta al planteamiento expresado, las alegaciones de CAIXABANK merecen una aclaración final, para puntualizar que el hecho de que no hayan existido *“Directrices”* sobre la *“corresponsabilidad”* hasta hace poco no justifica el incumplimiento de las exigencias previstas en el RGPD.

j) La resolución recurrida incluye en su parte dispositiva un requerimiento a CAIXABANK para que, en el plazo que se indica, *“adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales”*. En dicho acuerdo se especifica que ese

requerimiento deberá llevarse a cabo conforme a lo expresado en el Fundamento de Derecho XI de la misma resolución, en el que se aclara que todas esas acciones deberán respetar *“el alcance y en el sentido expresado en los Fundamentos de Derecho del presente acto”*.

Considera CAIXABANK en su recurso que no se concreta el alcance de este requerimiento, salvo por una referencia genérica a lo *“expresado en los Fundamentos de Derecho del presente acto”* y que esta indeterminación da lugar a una situación de inseguridad jurídica para la entidad, que no tiene certidumbre sobre los cambios esperados por la Agencia.

No comparte esta Agencia la posición manifestada por la recurrente en relación con este requerimiento. Lo que CAIXABANK expresa como *“una referencia genérica a lo expresado en los Fundamentos de Derecho”* no es sino una referencia a los reproches profusamente detallados y claramente descritos en la resolución impugnada, relacionados todos ellos con *“las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales”*. No hay más que seguir lo expresado en esos Fundamentos de Derecho para conocer los cambios esperados por esta Agencia y los criterios que han de considerarse para llevarlos a cabo.

Por lo demás, el citado Fundamento de Derecho XI es bien claro al requerir el cese en el tratamiento de los datos personales de clientes que no hubiesen sido debidamente informados o no hubiesen prestado su consentimiento válido; el cese en *“los tratamientos de datos basados en el interés legítimo del responsable y con todos aquellos declarados ilícitos en el presente acto, incluidas las comunicaciones de datos personales a las empresas del Grupo CaixaBank”*; o el cese en el tratamiento de los datos de los clientes de CAIXABANK por las empresas del Grupo CaixaBank y viceversa.

En relación con estas medidas, la recurrente manifestó durante la tramitación del procedimiento sancionador que su implantación supondría un impacto irreparable, al que no se refiere en el recurso.

k) En cuanto a la graduación de la sanción, señala CAIXABANK que esta Agencia ha considerado algunas circunstancias agravantes que no se atienen a la realidad, y refiere, por un lado, que únicamente se ha producido una reclamación y, por otro lado, que en las circunstancias valoradas por la Agencia se mencionan los artículos 25 y 32, sin que se haya producido tal tratamiento ilícito de los datos personales.

Sin embargo, ninguno de los elementos o factores valorados en la graduación de las sanciones en calidad de agravantes tiene relación con el número de reclamaciones planteadas. Si se ha tenido en cuenta el elevado número de interesados que se ven afectados por las infracciones, por cuanto los defectos apreciados afectan a todos los clientes personas físicas de la entidad (15,7 millones de clientes).

Por otro lado, la mención de los artículos 25 y 32 resulta de la aplicación como agravante de las circunstancias establecidas en el artículo 83.2.d) del RGPD. Según este artículo, al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá en cuenta *“el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32”*.

Como ya se indicó en la resolución recurrida, se consideró que CAIXABANK *“no ha cuidado que en los tratamientos de datos se utilicen exclusivamente los datos necesarios en razón al fin pretendido”*, y ello resulta de la gestión de los datos personales diseñada por la propia entidad, que contempla la utilización de todos los datos del cliente para todos los fines, lo que agrava la responsabilidad en la comisión de las infracciones.

Por otra parte, en este alegato se indica por parte de CAIXABANK que, si se viera obligada a realizar cambios, los clientes personas físicas se verían afectados. No dice CAIXABANK como afectaría a los interesados la realización de cambios, pero es fácil deducir que estos cambios, si van destinados a subsanar la situación irregular, tendrán como efecto que estos clientes vean respetado su derecho a la protección de datos personales.

l) También en relación con la graduación de las sanciones, alega nuevamente la desproporción de la sanción impuesta, que no tiene precedentes, y reitera sus alegaciones anteriores, en particular, las relativas a las medidas tomadas para paliar los posibles daños y perjuicios sufridos y el grado de cooperación con la AEPD mostrado.

Manifiesta que el hecho de que la sanción está dentro de los rangos legales no desmerece la desproporción y falta de adecuación de la resolución, e insiste en señalar que la AEPD ha utilizado el apercibimiento con personas jurídicas. También insiste en que se sanciona una infracción leve, por el incumplimiento de los artículos 13 y 14, como si se tratase de una grave.

Por tanto, también en cuanto a la graduación de la sanción se estima suficiente con remitir la respuesta a lo argumentado en la resolución impugnada.

Además de lo expresado en los párrafos anteriores, que ya fue suficientemente contestado en la resolución recurrida, CAIXABANK alega que el vigente marco normativo no respeta el principio de legalidad sancionadora consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, destacando al respecto que existe una indeterminación normativa evidente cuando se permite imponer una sanción de 2.000.000 de euros por una infracción leve y que la discrecionalidad administrativa sobrepasa los límites de la legalidad sancionadora al posibilitar la imposición de una sanción de 0,1 euro a 20.000.000 de euros por una infracción grave. Añade que esta circunstancia se compadece mal con el hecho el que la LOPDGDD diferencia entre infracciones leves, graves y muy graves pensando en cuantías por importe inferior a 40.000 euros (para las infracciones leves), importe comprendido entre 40.001 y 300.000 euros (para las infracciones graves) e importes superiores a 300.000 euros (para las infracciones muy graves).

En apoyo a este planteamiento cita la Sentencia 150/2020, de 22 de octubre de 2020, del Tribunal Constitucional, reproduciendo en el recurso uno de sus párrafos. Examinado el mismo párrafo de esta Sentencia transcrito por CAIXABANK, puede decirse que el régimen sancionador establecido en el RGPD se ajusta a los pronunciamientos que contiene. Así, en dicha Sentencia se refiere el Tribunal Constitucional a la doble garantía que comprende el derecho a la legalidad sancionadora: en primer lugar, se refiere a la exigencia de *“predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes”*, y, en segundo lugar, a la *“reserva de ley”* en materia sancionadora. Es indudable que el RGPD cumple ambas garantías. La misma Sentencia señala que esa predeterminación de las infracciones y sanciones *“no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una*

sanción concreta”.

Por otra parte, cabe señalar que la LOPDGDD establece una clasificación de sanciones leves, graves y muy graves únicamente a efectos de prescripción y que no es cierto que esta Ley Orgánica determine el importe de las sanciones según las cuantías indicadas por CAIXABANK (importe inferior a 40.000 euros para las infracciones leves, entre 40.001 y 300.000 euros para las infracciones graves e importes superiores a 300.000 euros para las infracciones muy graves. Esos límites a los que se refiere la recurrente se fijan en el artículo 78 de la LOPDGDD en relación con la prescripción de las sanciones, pero los importes que deberán imponerse para cada una de las infracciones tipificadas serán, en todos los casos, los fijados en el RGPD.

En consecuencia, en virtud de cuanto antecede, en el presente recurso de reposición la recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada, de fecha 05/01/2021, en la que se acordó imponer a la misma sendas sanciones por la infracción de lo establecido en los artículos 13 y 14, y artículo 6 del RGPD, así como la obligación de adoptar medidas para la adecuación a la normativa aplicable de las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,
la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE**:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por CAIXABANK, S.A. contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 5 de enero de 2021, en el procedimiento sancionador PS/00477/2019.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad CAIXABANK, S.A.

TERCERO: Requerir a la entidad CAIXABANK, S.A. para que, en el plazo de seis meses, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales, con el alcance expresado en el Fundamento de Derecho XI de la resolución de fecha 5 de enero de 2021, dictada en el procedimiento sancionador PS/00477/2019. En el plazo indicado, CAIXABANK, S.A. deberá justificar ante esta Agencia Española de Protección de Datos la atención del presente requerimiento.

CUARTO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDPGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

180-100519

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos