PABLO FERNANDEZ BURGUEÑO
PABLOFB

Registro de Entrada: /2018
Registro de Salida: /2018

En relación a su escrito ponemos en su conocimiento que las cuestiones planteadas se encuentran expresamente analizadas en el informe realizado por esta AEPD al anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, que está publicado en la página web de este organismo (apartado Resoluciones y Documentos/ Informes preceptivos/ Leyes):

"El artículo 7 del Anteproyecto regula el consentimiento del interesado. Para su adecuado análisis es preciso tener en cuenta cuáles eran las especialidades contenidas en el régimen actualmente vigente, así como las que establece el Reglamento, plasmadas no sólo en su artículo 7 sino en sus considerandos.

El consentimiento se configura en los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999 como causa fundamental de legitimación para el tratamiento de datos

de carácter personal. Dicho consentimiento, definido como declaración de voluntad libre, inequívoca, específica e informada en el artículo 3 h) de la Ley podía ser prestado, conforme al régimen que la misma y su Reglamento de desarrollo establecen, de forma explícita o "tácita o "por omisión". A esta modalidad de consentimiento se refiere el artículo 14 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que en el párrafo primero de su apartado 2 disponía que "el responsable podrá dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y 12.2 de este Reglamento y deberá concederle un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que en caso de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal".

El Reglamento General de Protección de Datos define el consentimiento en su artículo 4.11 como "toda manifestación de voluntad libre, específica,

informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen". De este modo, resulta evidente que la obtención del consentimiento a la que se refiere el artículo 14 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 no resulta compatible con el régimen establecido en el Reglamento General de Protección de datos".

Código Seguro De Verificación:		Fecha	09/02/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Jefe de Área de Atención Al Ciudadano -		
Url De Verificación	https://sedeagpd.gob.es	Página	1/6

"El apartado 3 se relacionaría con el artículo 7.2 del Reglamento General, según el cual "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 ". A tal efecto se adapta al Reglamento la previsión ya contenida en el artículo 15 del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, que establece lo siguiente:

"Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento".

Sobre este segundo supuesto, conviene tener presente, en relación con el texto del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, las observaciones que a tal efecto realizó el Consejo de Estado, en su informe de 26 de octubre de 2017, sobre el Anteproyecto de la citada norma:

Artículo 7: Tratamiento basado en el consentimiento del afectado

El artículo 7 del Anteproyecto contiene varias disposiciones relativas al tratamiento de datos personales basado en el consentimiento del afectado.

El apartado 1 constituye una mera reiteración de la definición de "consentimiento del interesado" contenida en el artículo 4.11) del Reglamento general. Debería por ello eliminarse.

El apartado 2 se refiere al supuesto particular del tratamiento de datos para una pluralidad de finalidades, precisando que, en estos casos, "será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para cada una de ellas". En realidad, esta es una previsión que se desprende también fácilmente del Reglamento general, pues el artículo 6.1.a), que contempla la licitud del tratamiento basado en el consentimiento del interesado, indica que éste puede ser "para uno o varios fines específicos", y el considerando 32 dice expresamente que "cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos". La exigencia de que el mismo sea "específico e inequívoco" se desprende también fácilmente de la definición general del artículo 4.11) del Reglamento. Por todo ello, el precepto constituye asimismo en este punto una reiteración innecesaria de la norma comunitaria, y puede eliminarse sin detrimento del régimen aplicable.

Código Seguro De Verificación:	[redacted]	Fecha	09/02/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Jefe de Área de Atención Al Ciudadano - [redacted]		
Url De Verificación	https://sedeagpd.gob.es	Página	2/6

La Agencia Española de Protección de Datos aduce que la inclusión de estos dos apartados es necesaria a la luz de la evolución del marco normativo en España, donde hasta el momento se permitía tratamiento por consentimiento tácito o por omisión, ahora expresamente prohibido por el Reglamento general. La Agencia manifiesta que de esta forma se "pone de manifiesto a los operadores jurídicos de forma explícita esta circunstancia, eliminando cualquier duda acerca de la posible vigencia de tales consentimientos o la posibilidad de utilizarlos en el futuro". Ha de recordarse, sin embargo, que esa función la cumple ya el propio Reglamento comunitario, que es la norma donde habrá de buscarse en lo sucesivo la regulación de la materia.

Lo mismo cabe afirmar de lo previsto en los dos primeros párrafos del apartado 3:

"Cuando en el marco de un proceso de negociación o formalización de un contrato se solicite el consentimiento del afectado para llevar a cabo un tratamiento cuya finalidad no guarde relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá garantizarse que el afectado pueda manifestar específicamente su voluntad en relación con ese tratamiento poniendo a su disposición un procedimiento sencillo, claro, accesible y comprensible.

Este procedimiento podrá consistir, en particular, en la inclusión de una casilla específica en el contrato, siempre y cuando la misma no se encuentre previamente marcada, o en un sistema equivalente para poder manifestar la voluntad del afectado en cuanto al tratamiento de los datos".

Todo lo dispuesto en los dos párrafos reproducidos figura también claramente en el Reglamento, en particular en su artículo 7.2 ("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"), y en el considerando 32 ("(...) 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 de 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"). Por lo demás, la previsión relativa a las casillas premarcadas, en particular, puede estar más justificada por no encontrarse en la parte dispositiva del Reglamento, sino en los considerandos, pero lo cierto es que se trata de una disposición de carácter más reglamentario que legal, más propia de un Real Decreto que de una ley orgánica.

Mención aparte merece el párrafo tercero de este apartado 3 del artículo 7, en el que se establece lo siguiente:

"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".

Código Seguro De Verificación:	[redacted]	Fecha	09/02/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Jefe de Área de Atención Al Ciudadano - [redacted]		
Url De Verificación	https://sedeagpd.gob.es	Página	3/6

El considerando 43 del Reglamento general contiene una previsión de este orden, al afirmar que "se presume que el consentimiento no se ha dado libremente (...) cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento".

Ahora bien, si se observa con atención la redacción dada al artículo 7.3, párrafo tercero, del Anteproyecto, se percibe que éste contiene una disposición que afecta a la ejecución del contrato, y no a la validez del consentimiento para el tratamiento otorgado en estas circunstancias. Se establece, en definitiva, una norma que, aunque en la práctica tenga la misma finalidad que la contenida en el reproducido considerando 43 (evitar un consentimiento "forzado" para garantizar el cumplimiento de un contrato), en realidad tiene el sentido inverso: el Anteproyecto no regula la validez o invalidez del consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos en estos casos, sino que impide que ese consentimiento pueda constituir una condición para la ejecución de un contrato. Se trata, pues, de una disposición de carácter contractual, competencia del legislador nacional, que no sólo no contradice el tenor de la norma reglamentaria, sino que permite salvaguardar su efecto útil y contribuye a su aplicabilidad directa. Nada hay que objetar, por tanto, a lo dispuesto en este tercer párrafo.

La regulación del consentimiento plantea, por lo demás, un importante problema de Derecho transitorio, que el Anteproyecto no parece haber abordado. Se trata de determinar si los tratamientos fundados en un consentimiento meramente tácito del interesado -válidos con arreglo a la normativa hasta ahora vigente- deben renovarse en orden a la obtención de un consentimiento expreso, de acuerdo con la nueva regulación, o si se entienden convalidados.

Esta última interpretación podría ser la correcta a la luz de lo dispuesto en el considerando 171 del Reglamento europeo, con arreglo al cual: "Cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no es necesario que el interesado dé su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio el consentimiento se ajusta a las condiciones del presente Reglamento, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación del presente Reglamento".

Ahora bien, en la medida en que esa previsión se contiene en la parte expositiva del Reglamento, y que la misma está sometida a una importante condicionalidad, considera el Consejo de Estado que es un punto que debería aclararse en el Anteproyecto, pues la lectura de sus disposiciones transitorias no ofrece, en la redacción sometida a dictamen, una respuesta a esta importante cuestión.

Por último, y volviendo al informe de esta AEPD referenciado al principio de esta contestación:

"Entrando ya en el contenido sustantivo del Capítulo II del Título II, el artículo 12 se refiere a los datos de las personas de contacto y empresarios

Código Seguro De Verificación:	[redacted]	Fecha	09/02/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Jefe de Área de Atención Al Ciudadano - [redacted]		
Url De Verificación	https://sedeagpd.gob.es	Página	4/6

individuales, respecto de los que se introduce una modificación sustancial en relación con el régimen actualmente aplicable.

Como es sabido, ambas categorías de datos aparecen actualmente como excluidas de la aplicación de las normas de protección de datos, en aplicación de lo establecido en los apartados 2 y 3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que dispone que:

"2. Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

3. Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal." Se establece así una ficción legal que considera que tales datos no tienen realmente el carácter de datos de carácter personal, dado que teniendo en cuenta el ámbito de aplicación establecido en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 15/1999, en caso contrario a la citada ficción legal, los datos se encontrarían sometidos a las normas de protección de datos.

En el régimen derivado del Reglamento General no es posible establecer tal ficción, dado que los datos a los que se refiere el artículo 12 del Anteproyecto son sin duda datos de carácter personal, referidos a personas físicas identificadas o identificables, por lo que no resulta posible mantener una exclusión como la establecida en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica.

No obstante, ciertamente, el hecho de que los datos se encuentren sometidos a la normativa de protección de datos no tiene necesariamente que implicar que los mismos sólo puedan tratarse sobre la base del consentimiento del interesado.

En este sentido, debe recordarse que la exclusión efectuada por el Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999 lo fue en un momento anterior a la

sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, en que se declaró expresamente el efecto directo en nuestro derecho del

artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE. Es decir, se adoptó con anterioridad a que existiese en derecho español una norma similar al citado precepto.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta el efecto de la citada sentencia, parece razonable considerar que el tratamiento de datos de contacto de los

empleados de una persona jurídica, cuando tenga por único objeto el mantenimiento de relaciones con la misma, así como el tratamiento de los datos de los empresarios individuales, referido exclusivamente a su actividad empresarial, es decir, a la de su establecimiento mercantil, puedan, como regla general, ampararse en el artículo 6.1 f) del Reglamento General de Protección de datos, y correlativamente en el artículo 9.3 del propio Anteproyecto.

Código Seguro De Verificación:	[redacted]	Fecha	09/02/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Jefe de Área de Atención Al Ciudadano - [redacted]		
Url De Verificación	https://sedeagpd.gob.es	Página	5/6

Esta conclusión lógicamente se alcanzará en caso de que la finalidad sea la anteriormente mencionada y no el tratamiento de los datos a los que se

refiere el precepto directamente referida a la propia persona de contacto o empresario individual. En este sentido ya se ha pronunciado reiteradamente esta Agencia Española de Protección de Datos al interpretar las disposiciones de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento de desarrollo de la Ley

Orgánica 15/1999.

De este modo, procede informar favorablemente el citado artículo 12. No obstante, a fin de lograr una mayor clarificación del apartado 2 se propone

clarificar la naturaleza de los datos a los que se refiere el mismo indicando lo siguiente:

"El mismo amparo legal tendrá el tratamiento de los datos relativos a los empresarios individuales cuando se refieran a ellos únicamente en

dicha condición y no se traten para entablar una relación con los mismos como personas físicas.

Atentamente,

Código Seguro De Verificación:	[redacted]	Fecha	09/02/2018
Normativa	Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.		
Firmado Por	Jefe de Área de Atención Al Ciudadano - [redacted]		
Url De Verificación	https://sedeagpd.gob.es	Página	6/6