

007/2024

Tal y como resulta de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) presentada junto con el anteproyecto, durante la pasada legislatura se impulsaron dos proyectos de ley, uno de reforma de la normativa prevista en la Ley 44/2002 relativa a los servicios de protección a la clientela, adaptándolos a los nuevos estándares de protección de los consumidores y otro proyecto de ley, del que trae causa este anteproyecto, de creación de la Autoridad Administrativa independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes. Ambos decayeron con la disolución anticipada de las Cortes en la XIV Legislatura. Ambas iniciativas se han retomado en la presente legislatura. Añade además la MAIN que el proyecto de ley sometido a audiencia pública se corresponde con el texto aprobado por el Pleno del Congreso en la pasada Legislatura, una vez eliminadas algunas disposiciones finales y realizados los correspondientes ajustes relativos, por ejemplo, a la denominación de los departamentos ministeriales, y tras las aportaciones recibidas de los actores de los diferentes ámbitos que han presentado observaciones en el período otorgado de audiencia pública.

El Anteproyecto inicial, previo a la disolución anticipada de las Cortes, fue objeto de informe por esta Agencia (Informe 86/2022), que en este momento cabe dar por reproducido en su integridad, sin perjuicio de las precisiones que se realicen en el presente Informe, a la vista de la evolución legislativa o jurisprudencial, o por haberse introducidos aspectos que en el proyecto anterior se regulaban de manera diferente etc.

I

En primer lugar, como ya se mencionó en el Informe 86/2022 citado, el anteproyecto excluye de la competencia de la Autoridad independiente que se crea las reclamaciones que versen sobre “protección de datos de carácter personal”. (art. 3.2.e) del proyecto).

Ahora bien, esta Agencia considera que dicha exclusión no necesariamente viene impuesta por la normativa de protección de datos, sino que corresponde al legislador la opción de política legislativa de que dicha autoridad independiente pueda igualmente resolver reclamaciones que, en el curso de las operaciones financieras que realicen los clientes personas físicas, presenten cuestiones de esta índole -protección de datos-, lo cual no será

infrecuente, bien al contrario, en las relaciones con las entidades financieras (por ejemplo, inclusiones en los ficheros de solvencia, a las que se refiere precisamente el art. 40.1, último párrafo, del anteproyecto).

Ello se debe a que las autoridades de control en materia de protección de datos (entre ellas esta AEPD) no tienen necesariamente el monopolio de la defensa o la protección de dicho derecho fundamental, tal y como resulta de los artículos 77, 78 y 79 del RGPD, y ha sido así interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ejemplo, en su sentencia de 12 de enero de 2023, C-132/21.

Esta sentencia, a la vista de la redacción de los arts. 77.1, 78.1 y 79.1 del RGPD, considera que *estas disposiciones del Reglamento 2016/679 ofrecen diferentes vías de recurso a las personas que invocan una infracción de dicho Reglamento, entendiéndose que cada una de estas vías de recurso debe poder ejercerse «sin perjuicio» de las demás. [apartado 34].*

En concreto el art. 79 RGPD reconoce que los interesados (en este caso, los “clientes”) podrían acudir a “*recursos extrajudiciales disponibles*”, entre ellos, pero no necesariamente de manera exclusiva, la de presentar una reclamación ante una autoridad de control en virtud del art. 77, y, eso sí, en todo caso, los interesados tienen derecho a la tutela judicial efectiva, cuando consideren que sus derechos en virtud del presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales.

En consecuencia, cabría al legislador considerar que el establecimiento de esta vía de reclamación frente a la entidad financiera que se establece en el Anteproyecto podría abarcar también las cuestiones relativas a la protección de datos de carácter personal en los tratamientos que lleven a cabo las entidades financieras en las operaciones con sus clientes, como una vía adicional, que no sustitutiva, a la presentación de una reclamación ante la autoridad de control, que siempre ha de permanecer (art. 77 RGPD). Máxime cuando frente a la resolución de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero cabe siempre recurso ante los tribunales.

En estos casos, si se adopta esta decisión por el legislador, dentro de la documentación que la entidad financiera debería de aportar a la Autoridad del Cliente Financiero para que los Vocales y las Secciones puedan resolver, debería de incluirse, con carácter obligatorio, (incluyéndolo por ejemplo en el art. 34.5 del anteproyecto), el Informe del Delegado de Protección de Datos (DPD) relativo a la reclamación concreta planteada por el cliente en relación con el tratamiento de datos personales a que esta se refiere.

Con todo ello podría conseguirse una protección más rápida y efectiva de dicho derecho fundamental del cliente financiero persona física, sin que, como cuestión añadida, se divida la continencia de la causa pues en muchos

casos dicha cuestión en materia de protección de datos estará, o podrá estar, intrínsecamente unida a otra u otras cuestiones, sin que puedan separarse, y si se hace lo será en perjuicio del interés del cliente, que se vería obligado a “peregrinar” a otra instancia para resolver una cuestión que trae causa de su reclamación frente a la entidad financiera.

II

El art. 7 del Anteproyecto, titulado “Tratamiento de datos personales”, recoge, en parte, las recomendaciones que esta Agencia realizó en su informe 86/2022, ya citado. Tras exponer detalladamente en sus epígrafes II y III la normativa y jurisprudencia aplicable a los tratamientos de datos, recoge dicho informe en su epígrafe IV una redacción sugerida de precepto a incluir en la ley. Ahora bien, en cuanto a los datos de categorías especiales, el Informe 86/2022, como conclusión a lo anterior, sugiere:

Además, si previo los análisis oportunos se concluyera que resulta necesario el tratamiento de categorías especiales de datos personales deberá recogerse expresamente en el anteproyecto dicha posibilidad, identificando qué tipos de datos personales incluidos en las categorías especiales de datos podrían ser objeto de tratamiento, y limitarlos a los estrictamente necesarios, previendo su supresión inmediata en cuanto no sean necesarios y estableciendo, en su caso, las garantías adicionales que resulten del correspondiente análisis de riesgos para la adecuada protección de los intereses y derechos fundamentales del interesado, como su posible anonimización o pseudonimización, según proceda.

Como resulta del Informe, y de la jurisprudencia constitucional citada en él (STC 76/2019, de 22 de mayo), respecto de las categorías especiales de datos:

La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. (...).

Por esta razón se mencionó en dicho Informe que las garantías adecuadas han de constar en el propio texto legislativo, no siendo conforme a dicha doctrina que sea la propia Autoridad, como resulta del artículo 7, apartado 6 del anteproyecto, la que haya de “establecer garantías adicionales

de anonimización o pseudonimización”, ya que es el propio legislador el que habría de establecerlas.

Por otra parte, y tal y como se remarcó en nuestro Informe 86/2022, no se ha realizado (o al menos no se ha adjuntado al anteproyecto) un análisis de riesgos ni Evaluación de Impacto en Materia de Protección de Datos respecto de datos de categorías especiales de la que puedan determinarse los riesgos asociados a los tratamientos de dichos tipos de datos, ni las categorías de datos especiales que podrían tratarse, ni tampoco las garantías que habría de resultar para dichos tratamientos.

III

En relación con esta cuestión de los datos de categorías especiales cabe mencionar aquí, reiterado en múltiples preceptos del anteproyecto, el principio de prestación personalizada, definida en el art. 2.9 de este como:

[...] aquella que tiene en consideración la edad de la persona a la que se está prestando o va a prestarse servicios, su situación de discapacidad, la condición de persona extranjera y su situación administrativa, las características de la zona geográfica en la que reside en términos de población y el nivel de competencias digitales de dicha persona, entre otras características.

Son las entidades financieras quienes habrán de respetar dicho principio en el trato con sus clientes, para lo cual se modifican diversas leyes sectoriales (véase Disposiciones Finales tercera, séptima, undécima y decimoctava), lo cual resulta adecuado a la finalidad de la ley, de dar un tratamiento adecuado por las entidades financieras a sus clientes, pero ello supone un tratamiento por las entidades financieras de datos personales de diverso carácter, todos sensibles a la persona, y especialmente el relativo a la discapacidad, que es un dato relativo a la salud, por lo tanto incluido en el art. 9 RGPD, y en consecuencia sometido a una prohibición de tratamiento (art. 9.1 RGPD), salvo que exista una causa que levante dicha prohibición de entre las incluidas en el art. 9.2 RGPD. Nada dice el anteproyecto cuál es la causa, de entre las mencionadas en el art. 9.2 RGPD, que levanta la prohibición del tratamiento de dichos datos de categorías especiales, ni tampoco de cuál es la base jurídica lícita del tratamiento de entre las del art. 6.1 RGPD, puesto que se advierte que el art. 7 del anteproyecto, relativo a los tratamientos de datos personales, tan sólo hace referencia a los tratamientos de datos personales que lleve a cabo la Autoridad Independiente, pero no a los tratamientos efectuados por las entidades financieras; tampoco dice nada acerca de cómo la entidad financiera ha adquirido el conocimiento de dichos datos sensibles que le permiten dar esa “prestación personalizada”. Esta Agencia considera que, dado el desequilibrio

existente entre las partes, difícilmente podría darse el supuesto de que aplicase el apartado a) del art. 9.2; y en cuanto al apartado g) esto es, que:

el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

el anteproyecto no explicita, no verbaliza, cuál sería ese “interés público esencial”, aunque parece que lo sugiere o deja implícito, como sería el dar un trato adecuado a sus necesidades a los clientes financieros. Pero se olvida, en la regulación, que dichos datos no sólo podrían utilizarse a favor del cliente financiero, sino en su contra, para una finalidad diferente a la prevista, y dicha información en principio favorable a los intereses del cliente (pues el legislador, con buena intención, dispone un tratamiento que ayuda al cliente) puede ser contraria a los intereses del cliente. Así, por ejemplo, una entidad financiera podría utilizar dichos datos sensibles, quizás hasta entonces desconocidos para ella, para enriquecer sus bases de datos, o perfilar al cliente, circunstancias estas sobre las que el anteproyecto no dice nada, previendo una desviación de la finalidad inicial del tratamiento. Por eso, el art. 9.2.g) RGPD no solo requiere que se determine el interés público esencial al que sirven dichos tratamientos, sino que se deben de establecer, *en la propia ley* -art. 9.2 LOPDGGD- (no siendo válida una remisión a una norma reglamentaria para los tratamientos de datos personales, como ya hemos mencionado, y que se prevé en las disposiciones adicionales tercera, séptima, undécima y decimoctava ya citadas), como ya hemos visto y nos remitimos de nuevo a nuestro Informe 86/2022, medidas *adecuadas y específicas* para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado. Dice “adecuadas y específicas”, no genéricas y/o indeterminadas, pero en el presente caso, el anteproyecto no regula ninguna medida, ni específica ni genérica, entre otras cosas porque estos tratamientos no han estado precedidos, en el procedimiento prelegislativo, como ya se ha expuesto, de un análisis de los riesgos que se hayan podido poner de manifiesto tras una buena intención del legislador, al prever dicha atención personalizada “según la discapacidad del cliente”, ni tampoco una Evaluación del Impacto de dichos riesgos que permita establecer medidas y garantías para evitar dichos riesgos para su derecho fundamental a la protección de datos y por extensión a otros derechos derivados o que puedan derivarse del conocimiento por las entidades financieras de dichos datos.

IV

La Disposición Adicional tercera del anteproyecto establece la posibilidad de que cuando el volumen de las reclamaciones requiera temporalmente para su tramitación de medios personales adicionales, la Autoridad Independiente podrá recabar la colaboración de otros órganos o entidades públicas o privadas, para que por estos se lleven a cabo aquellas funciones de tramitación que no impliquen el ejercicio de funciones públicas.

El precepto ya prevé que los órganos o entidades públicas o privadas implicadas deban ajustarse a los principios que rigen el funcionamiento de la Autoridad, en particular los relativos a la protección de la independencia, imparcialidad y confidencialidad e incompatibilidad respecto de los intereses de las partes intervinientes en las reclamaciones, que se recogerán en las normas e instrucciones que se determinen.

Pues bien, cabe recordar igualmente que dicho precepto debería de incluir una mención a que dichas entidades, cuando actúen, como sería el caso, como “encargados del tratamiento” del responsable, que sería la Autoridad independiente, deberán de cumplirse los requisitos del art. 28 RGPD y entre el responsable y el encargado del tratamiento deberá suscribirse un contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, lo establecido en las letras a) a h) del art. 28.3 RGPD.

V

Por último, parece conveniente dedicar un pequeño apartado a la cuestión de la impugnabilidad ante los tribunales de la decisión de la autoridad independiente.

Del anteproyecto de ley actual resulta que dichas resoluciones sobre el fondo en el procedimiento de resolución de controversias son impugnables ante la jurisdicción civil. Sin perjuicio de comentar que la mayor parte del texto del anteproyecto deja entrever que la regulación anterior (esto es, la del anteproyecto que decayó por la convocatoria de elecciones generales) estaba pensada para su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (basta ver la disposición final segunda, que crea el nuevo art. 447.ter de la LEC, que reproduce ad hoc un esquema propio de un verdadero proceso contencioso-administrativo, con la remisión del expediente al tribunal etc.), y que existen algunas incoherencias, como por ejemplo, que las resoluciones de inadmisión de la Autoridad se impugnen ante los tribunales de lo contencioso-administrativo (art. 37.3 del anteproyecto) y las de fondo ante la jurisdicción civil, pero estableciendo un plazo de preclusión para la “interposición” de la

demanda de dos meses, con lo cual, aunque la resolución no sea vinculante para el cliente y sí lo sea para las entidades financieras, en realidad sí lo serían puede cualquiera de ellos debería de impugnarlas en plazo para evitar su firmeza (como acto administrativo que lo considera esta ley). Véase al respecto la observación del Consejo de Estado, apartado 25, en su Dictamen 1637/2022, de 17 de noviembre de 2022, sobre el texto del anteproyecto de ley presentado en la anterior legislatura.

Pues bien, esta Agencia desea llamar la atención acerca de que, en dicha resolución sobre el fondo, la Autoridad Independiente ejerce una verdadera labor de resolución de conflictos entre particulares (reconocido así expresamente en pág. 34 de la MAIN), derivados de las reclamaciones sobre derecho privado (normas de conducta etc.). En definitiva, una labor de “resolución alternativa” de controversias, como define el art. 2 de la ley 7/2017, de 2 de noviembre, y en el caso concreto, «Procedimiento con resultado vinculante», puesto que finaliza con la *imposición* a una de las partes, la entidad financiera, de la solución adoptada. En definitiva, un arbitraje, impuesto por la ley a una de las partes, la entidad financiera (art. 5.2 del anteproyecto) y con carácter vinculante en algunos casos. La constitucionalidad de un mecanismo similar fue afirmada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1/2018, de 11 de enero, en la cual afirmó que dicha constitucionalidad, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, no dependería tanto de la imposición del arbitraje a una de las partes y no a la otra, sino de la imposibilidad de los jueces y tribunales de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

No puede decirse, ciertamente, que la sumisión a arbitraje de las eventuales diferencias entre asegurado y asegurador en los términos del artículo 76 e) LCS, imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva. Responde tanto a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, así como, preferentemente, a la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros.

En el caso del presente anteproyecto no se limita a ninguna de las partes la posibilidad de acudir a los jueces y tribunales para discutir el fondo del asunto, por lo que no parece que haya dudas de su constitucionalidad.

Pero desde el punto de vista de la protección de datos personales esta Agencia considera que debería de replantearse la legitimación pasiva que prevé el art. 447 ter, 1ª, pues ello conllevaría, como expresamente prevé la Memoria (pág. 27) que correspondería a la Administración General del Estado (a través de la Abogacía del Estado) la defensa de la legalidad de la actuación administrativa, que se ciñe, como hemos visto, a resolver un conflicto entre

partes. Pues bien, se reitera, exclusivamente desde la perspectiva de la protección de datos personales, en todo tratamiento ha de regir el principio de minimización (art. 5.1.b) RGPD). La intervención de la Administración del Estado, y el tratamiento que esta, a través de sus servicios jurídicos, haría de dichos datos, no se plantea como estrictamente necesaria, ya que los intereses de ambas partes, cliente y entidad financiera, estarían cubiertos con la resolución, vinculante en algunos casos para esta última, pudiendo ambos, según sus intereses, recurrir a la jurisdicción competente, debiendo ser la legitimación activa de aquel cuyos intereses no hubieran sido favorecidos por la resolución administrativa, y la pasiva de la parte contraria, exclusivamente. Obsérvese que ello no conllevaría por sí mismo una obligación para el cliente de comparecer en todo caso ante la jurisdicción civil, pues aún en caso de ser demandado por la entidad financiera tendría su favor la resolución de la Autoridad independiente, que habría de aportarse al proceso en todo caso (art. 447 ter, 6ª LEC, en la redacción del anteproyecto), que sería vinculante, o en el peor de los casos tendría el valor de un informe pericial, y existe la figura de la rebeldía procesal, que puede adoptar en todo caso el demandado, sea el cliente o la otra parte, y que no conlleva, en ningún caso, por esta sola causa, una estimación de la demanda de contrario, sino que el demandante, en cualquier caso, hade probar lo que alegue, y fundar en derecho su demanda. Dependería en todo caso del cliente su comparecencia en el proceso como demandado, tendiendo a su favor la resolución de la Autoridad Independiente.

Se sugiere por lo tanto que la legitimación pasiva en los procesos civiles sobre el fondo no corresponda a la Autoridad Independiente sino directamente a la parte no favorecida por la resolución de la Autoridad Independiente.

Que ello es posible resulta de los principios generales del arbitraje, en el que aun cuando se impute al laudo defectos formales (art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), nunca se demanda al árbitro, sino a la otra parte en el litigio, el cual podrá defender la validez del laudo dictado, lo que redundaría en que no hay otra entidad (la Administración del Estado a través de la Abogacía del Estado) que trate dichos datos personales nuevamente, favoreciendo así el principio de minimización de datos.

Nótese, para finalizar, que ello permitiría que la competencia judicial no corresponda a los juzgados de las capitales de provincia (fuero propio del Estado, ex art. 15.1 Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) sino directamente según las reglas generales (art. 50, o 53.3 LEC), y si el demandado es la entidad financiera, según el art. 51 LEC, lo que hace que esa competencia territorial de los juzgados sea más cercana al consumidor persona física, favoreciendo así su defensa.