

I

Las consulta plantea la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, de los distintos contratos adjuntos a la misma referidos a las condiciones generales de los servicios de Orange.

A tal efecto, ciertamente la cláusula 14 de las condiciones generales tiene en consideración las diversas observaciones que se incluyeron en anteriores informes de esta Agencia, y en particular en el emitido en fecha 15 de julio de 2016.

Así, en el párrafo tercero se solicita el consentimiento del interesado, indicándose que el mismo se materializará en caso de no marcarse la correspondiente casilla habilitada al efecto. No obstante, dado que no se facilitan los formularios de contratación no es posible conocer ni el número de casillas que se incorporan ni si los consentimientos resultan identificados con las distintas finalidades que se describen en los cuatro supuestos a los que se refiere el contrato.

Igualmente se incorpora la referencia a la posibilidad de que el interesado pueda revocar el consentimiento previamente prestado y se clarifica el párrafo referido al Sistema Hunter de prevención del fraude, ahora limitado exclusivamente al Sistema Hunter Telco y al acceso a la información por los operadores de telecomunicaciones.

II

No obstante, debe hacerse particular referencia al párrafo de la cláusula rubricado como “Programa de publicidad relevante”. En este párrafo se indica que la consultante “ofrece al cliente la posibilidad de mejorar su experiencia de navegación a través del dispositivo móvil, adaptando la publicidad que recibe a información anónima de su perfil”. A tal efecto, el contrato se remite a una dirección electrónica, en que se indica lo siguiente:



“En Orange queremos mejorar tu experiencia de navegación en Internet y sabemos lo importante que es el impacto de la publicidad que recibes en páginas Webs y aplicaciones móviles.

*Para conseguir que esta publicidad sea de mayor interés para ti, queremos trabajar con información anónima y agregada de nuestros clientes, asegurando siempre la privacidad e impidiendo que otras empresas conozcan esta información. **La participación en el Programa no aumentará el número de anuncios que verás, tan sólo hará que sean más interesantes para ti.***

Los sectores de actividad de los anuncios que podrás recibir en el móvil son los siguientes: Agricultura, Ganadería y Pesca, Alimentación, Textil, Energía, Agua, Farmacia, Informática, Electrónica, Óptica, Automoción, Decoración, Construcción, Transporte, Hostelería, Información y Comunicaciones, Financiero, Seguros, Inmobiliario, Servicios Profesionales, Viajes, Seguridad, Administración Pública, ONGs, Educación, Sanidad, Ocio y Entretenimiento, Hogar.

Orange no venderá tu información personal a otras empresas y no la compartirá con otras empresas para que puedan utilizarla para sus propios fines de marketing sin tu consentimiento.

¿Qué datos se utilizan?

Podemos adaptar la publicidad móvil que recibes en base a la información anónima de tu cuenta, como edad, género y provincia.

Si además quieres ampliar esta información, puedes indicarnos tus gustos o preferencias, e intentaremos que la publicidad que recibes esté relacionada con ellos pinchando aquí [pincha aquí](#)

Baja en el Programa

Si no deseas participar en el Programa tienes la opción de solicitarlo la baja en el mismo. Recuerda que la baja no supondrá dejar de recibir publicidad, seguirás recibéndola igualmente pero será menos relevante para ti. Para solicitar la baja, [pincha aquí](#)

Si no solicitas la baja en un plazo de 30 días desde la recepción de la notificación que te hemos enviado, entenderemos que deseas participar en el Programa y aceptas estas condiciones. En cualquier caso, a través



del enlace anterior puedes solicitar en cualquier momento la baja automática en el Programa.”

III

El tenor de la cláusula unido a lo indicado en la dirección electrónica a la que la misma se refiere plantea un buen número de cuestiones relacionadas con la aplicación de las normas de protección de datos, cuya resolución no siempre resulta posible, atendidos los términos sumamente genéricos contenidos en la información que se ha reproducido.

Como cuestión previa, debe indicarse que de los términos de dicha información no cabe deducir, como se infiere de lo que se indica, que el tratamiento llevado a cabo para la oferta de “publicidad relevante” se lleve a cabo sin incorporar datos de carácter personal. En efecto, la información señala que se va a trabajar “con información anónima y agregada de nuestros clientes”. Ahora bien, en ningún momento se especifica cómo va a producirse el tratamiento de dicha información; por ejemplo, si se trata de la recogida de información sobre navegación o hábitos a través de los datos de tráfico o si la misma se recopila a través de dispositivos de almacenamiento masivo en el propio terminal.

En caso de que se produjera una recogida de datos en los términos que se han indicado no cabría duda que, dada la naturaleza de proveedor de acceso de la consultante, se estaría procediendo al tratamiento de datos de carácter personal de los abonados o usuarios, dado que la consultante dispondría de información identificativa de los abonados o, cuando menos, información que permitiría su absoluta individualización.

Debe en este punto recordarse que el considerando 26 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), tras indicar que las normas de protección de datos no se aplican en caso de datos anonimizados, aclara que “Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del

tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos”.

Pues bien, de la información contenida en el sitio web al que remite la cláusula contractual no cabe en modo alguno considerar que la consultante va a proceder al tratamiento de información anónima de sus abonados o usuarios, sino que de la cláusula parece derivarse que va a recoger información sobre sus hábitos de navegación y utilizar dichos datos para mostrar publicidad relevante que podría haber sido determinada incluso a través de técnicas de perfilado.

IV

El propio sitio web reconoce implícitamente esta posibilidad, toda vez que pretende la obtención del consentimiento de los abonados, estableciendo a tal efecto un doble procedimiento: por una parte, los abonados que lo consideren oportuno podrán facilitar información sobre sus gustos o preferencias para que la publicidad recibida se ajuste a ellos. Por otra, añade el último párrafo que si no se solicita la baja del servicio en treinta días desde la recepción de una notificación que se dice haber remitido al abonado se entenderá que acepta su adhesión al programa. En todo caso, el abonado podría darse de baja en el sitio mencionado en el programa, aunque se le informa de lo pernicioso de tal decisión.

Como punto de partida, debe ponerse de manifiesto la contradicción en que se incurre en el segundo de los supuestos mencionados, dado que se está considerando que la inexistencia de una solicitud de baja en un servicio constituye un consentimiento para que el mismo sea prestado. En este sentido, el consentimiento debería ser previo al alta del usuario en el servicio, por lo que difícilmente puede depender de la falta de baja en un servicio en el que no debería haberse producido el alta. Esta contradicción se pone de manifiesto en la propia denominación del sitio web al que se está haciendo constante referencia, en que se incluye expresamente la expresión “opt-out”, lo que por su propia naturaleza excluiría la existencia de un consentimiento del afectado que convertiría el sistema en un sistema de “opt-in”.



Se incurre, en definitiva, en lo que afecta al “programa de publicidad relevante” en el mismo vicio que el informe de 15 de julio de 2016 indicaba respecto del contrato: no es posible que la cláusula contractual prevea el tratamiento sin incorporar la cláusula que facilite en su propio cuerpo al interesado no ya darse de baja en un servicio que no se ha comenzado a prestar, sino impedir que el mismo se preste ya desde el momento de la celebración del contrato.

De este modo, sólo mediante la incorporación de la información necesaria al contrato, y no mediante su remisión a un sitio web al que el interesado con toda seguridad no accederá en el momento de la firma, así como con la incorporación de la correspondiente casilla en que el interesado pueda manifestar su voluntad sería posible considerar que el consentimiento es válido a los efectos de la normativa de protección de datos.

V

La información contenida en el sitio web tantas veces referenciado plantea además un problema adicional, por cuanto parece que la misma se vincula no sólo a los contratos futuros de la consultante, como el que es objeto de informe y respecto del que ya se ha puesto de relieve la necesidad de modificación de la cláusula en este punto, sino también a la totalidad de los abonados que ya hubieran firmado un contrato con la consultante en que no apareciera esa cláusula. Ello se funda en que en el sitio web, como se ha dicho, se hace referencia a la recepción de una notificación enviada por la operadora consultante, presumiblemente, a todos sus abonados.

En este supuesto parece que se habría hecho una remisión, cuyo contenido se ignora, concediéndose a los interesados un plazo para manifestar su negativa a la incorporación al programa (aunque como se ha dicho el sitio web habla de “baja” en el mismo). Ello podría asimilarse con un procedimiento para recabar el consentimiento de los interesados de forma tácita o por medio de su inacción, en los términos previstos en el artículo 14 del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999.

Pues bien, como punto de partida, dado que se ignora el concreto tratamiento de datos que va a llevarse a cabo, debe recordarse que ese consentimiento por omisión no sería posible en caso de que el tratamiento implicase la utilización de dispositivos de almacenamiento masivo en el terminal del usuario, al encontrarse vedada esta posibilidad por el artículo 22.2



de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información, cuando prevé en su primer párrafo que “Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal”.

Pero es que además, debe recordarse que conforme al artículo 4.11 del Reglamento general de Protección de Datos se entiende por 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”.

Quiere ello decir, que desde el momento en que el Reglamento resulte plenamente aplicable, el 25 de mayo de 2018, el tratamiento de los datos de carácter personal no podrá ampararse en un consentimiento obtenido mediante un procedimiento que no implique una manifestación o una clara acción afirmativa del afectado.

Ciertamente la citada fecha aún no se ha cumplido, lo que podría plantear la licitud del consentimiento en el modo en que pretende obtenerse. No obstante, el considerando 171 del Reglamento general de Protección de Datos resulta de absoluta claridad cuando señala que “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”. De este modo, a contrario, si el consentimiento no cumple con lo exigido por el artículo 4.11 del reglamento, cualquier tratamiento realizado a su supuesto amparo tras la entrada en vigor de aquél resultará contrario a sus disposiciones, vulnerando así lo dispuesto en las normas de protección de datos.



A falta de un consentimiento válido, sería posible, ciertamente, acudir a otra causa de legitimación y, en particular, a la existencia de un interés legítimo del consultante sobre el que no prevalecería el derecho de los afectados, conforme al artículo 6.1 f) del reglamento general de Protección de Datos, máxime teniendo en cuenta que el considerando 47 del propio Reglamento señala en su último inciso que “El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo”.

Sin embargo, el hecho de que pudiera apreciarse que la oferta de anuncios constituye un interés legítimo, en modo alguno podría implicar de forma automática su prevalencia sobre los derechos de los afectados, en este caso los abonados de la operadora consultante, dado que ambos requisitos son acumulativos, tal y como ya indicó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Asunto Asnef-Fecemd). Por ello, sería necesario tener en consideración las circunstancias del tratamiento y las garantías aportadas por el responsable para determinar si es o no aplicable la regla de equilibrio prevista en el artículo 6.1 f) del reglamento General de Protección de Datos y, actualmente y en los mismos términos en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE.

La información contenida en el sitio web al que emite la cláusula no contiene, sin embargo, elementos suficientes que permitan concluir en la prevalencia del citado interés legítimo, por cuanto no se especifica el tratamiento que se va a llevar a cabo, cuáles serán los datos objeto del mismo (sólo se citan tres a título ejemplificativo, alguno de los cuales además no parece vinculado al contrato, como sucede en relación con la edad o el género), la cláusula se refiere a publicidad de tal cantidad de sectores que hace imposible entender una mínima delimitación de los sectores de actividad y no se informa siquiera de si se va a llevar a cabo un perfilado del afectado-abonado, lo que no obstante podría intuirse a tenor del contenido del texto reproducido con anterioridad.

VII

A la vista de todo lo anterior cabe concluir lo siguiente:

- Con carácter general el contrato aportado ha subsanado los defectos puestos de manifiesto en el informe de esta Agencia de 15 de julio de 2016.

- No obstante, se plantean nuevos problemas en relación con el párrafo referido al “programa de publicidad relevante”.
 - o Respecto de los abonados que firmen el contrato sometido al parecer de esta Agencia será preciso que la información incorporada a la cláusula sea más detallada en cuanto al tratamiento, categorías de datos y fines del mismo y se recabe su consentimiento, ofreciendo a los abonados la posibilidad de marcar una casilla para que no se proceda al tratamiento.
 - o Respecto de los restantes abonados con contrato en vigor debe recordarse que el consentimiento “tácito” o “por omisión” para el tratamiento de sus datos no es posible en caso de que sea aplicable el artículo 22.2 de la Ley 34/2002 y que, con carácter general, no será posible amparar en dicho consentimiento ningún tratamiento de datos que se lleve a cabo con posterioridad a 25 de mayo de 2018.
 - o Tampoco es posible, dada la escasa información contenida en la página web a la que se remite el contrato, considerar que el tratamiento puede encontrarse amparado en la regla de equilibrio de derechos e intereses consagrada por los artículos 7 f) de la Directiva 95/46/CE y 6.1 f) del Reglamento general de Protección de Datos.