N/REF: 205356/2018

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las condiciones generales de contratación aplicables al servicio de telefonía móvil que somete a consulta.

A tal efecto, dichas condiciones señalan al consultante como responsable del tratamiento, se informa de la dirección de correo electrónico del Delegado de Protección de datos, se indican distintas finalidades para las que el consultante procederá al tratamiento de los datos, se hace referencia a la base jurídica del tratamiento aplicable a tales finalidades, se indican los destinatarios de los datos y las categorías de datos a tratar y el plazo de conservación de los datos. Igualmente se hace referencia al ejercicio de derechos, señalando el procedimiento y lugar al que dirigirse a tales efectos y la posibilidad de reclamar ante esta Agencia. Por último, se dirige al interesado a la política de privacidad publicada en el sitio web del consultante a efectos de obtener mayor información.

Como es sabido, la plena aplicación, a partir del 25 de mayo de 2018, 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), supone una profunda modificación de las normas de protección de datos que afecta de forma sumamente relevante, entre otras cuestiones, al ahora denominado principio de trasparencia y derecho de información de los afectados.

Así, en primer lugar, el artículo 12.1 del Reglamento general de protección de datos establece que la información a facilitar al interesado deberá serlo “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo”.

A su vez, el artículo 13 en sus dos primeros apartados especifica el contenido de la citada información en los supuestos en que los datos sean

recabados del afectado al que los mismos se refiere. Dicha información deberá incorporar:

- la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;

- los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;

- los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;

- cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra los intereses legítimos del responsable o de un tercero;

- los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;

- 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.

- el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;

- 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;

- 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;

- el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;

- 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;

- la existencia de decisiones automatizas, 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.

Por otra parte, debe tenerse en consideración, a la hora de dar cumplimiento al citado deber de información, lo señalado por esta Agencia Española de Protección de Datos en sus directrices sobre el cumplimiento del deber de informar conforme a lo exigido por el Reglamento general de protección de datos, publicadas en la página web de la Agencia, y que se han traducido en la inclusión en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal de un artículo específico referido a transparencia e información al afectado. Señala el artículo 11 del Proyecto lo siguiente:

> "1. Cuando los datos de carácter personal sean obtenidos del afectado a través de redes de comunicaciones electrónicas o en el marco de la prestación de un servicio de la sociedad de la información, así como en aquellos otros supuestos expresamente establecidos por la ley o cuando así lo autorice la Agencia Española de Protección de Datos, 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) El modo en que el afectado podrá ejercitar 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 pudieran producir efectos jurídicos sobre él o afectarle significativamente, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

3. Cuando los datos de carácter personal no hubieran sido obtenidos del afectado, el responsable podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando a aquél la información básica señalada en el apartado anterior, indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.

En estos supuestos, la información básica incluirá también:

a) Las categorías de datos objeto de tratamiento.

b) Las fuentes de la que procedieran los datos."

Se consagra así, de *lege ferenda* el principio de "información por capas", que ya aparece recogido en relación con tratamientos específicos de datos, como por ejemplo, los relacionados con la videovigilancia, regulados por la Instrucción 1/2006 de la Agencia, así como las cláusulas adoptadas, siguiendo los criterios de esta Agencia, en relación con el uso de las cookies en los terminales de los usuarios de Internet.

Las cláusulas objeto del presente informe, incorporan la información establecida en el artículo 13 del Reglamento en su mayor parte, remitiéndose en algunos aspectos a la política de privacidad. No obstante, resulta preciso clarificar o incorporar algunos extremos a su contenido, toda vez que el mismo o bien resulta insuficiente para el cumplimiento de los criterios necesarios para que el afectado pueda conocer mediante el acceso a la cláusula los tratamientos a los que se van a someter sus datos de carácter personal o bien en algunos puntos resulta contraria a las normas de protección de datos. Cabe así hacer las siguientes consideraciones:

En lo que respecta a las finalidades mencionadas en la cláusula contenida en el contrato no se especifican aquellas que deben llevarse a cabo como consecuencia de una obligación legal. Debería así efectuarse un desglose de las mismas, teniendo en cuenta no solamente la referida al cumplimiento de la Ley 25/2007, a la que se hace referencia en el apartado de conservación, sino otras obligaciones que derivan de lo establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, como la

comunicación de datos a los servicios de emergencia o las relativas a las actuaciones relativas a tráfico no permitido o tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas. También debe hacerse referencia a otras obligaciones legales de comunicación de datos a las Administraciones Públicas o a Órganos Judiciales.

También debería informarse respecto de las comunicaciones de ciertos datos de tráfico a otras empresas de telecomunicación para permitir el establecimiento de la llamada y la conducción de la comunicación a través de redes electrónicas hasta su destino, pudiendo dar lugar a una transferencia internacional de datos cuando dicho destino se encuentre fuera de la Unión Europea. Tampoco se hace referencia a la gestión de los procesos de portabilidad, que implican tanto el tratamiento por parte del consultante de las solicitudes que reciba como la comunicación de datos a otras operadoras y a la correspondiente base legitimadora.

Por otra parte, se hace referencia, en el apartado relativo a las bases legales, a los tratamientos que requieren consentimiento, remitiendo a la política de privacidad. A este respecto cabe señalar que la política de privacidad a que remite el enlace que figura en las condiciones objeto de consulta se facilita información solamente en inglés y alemán, lo que supone un incumplimiento de lo previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 que exige que la información se proporcione de manera “Concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso”, lo que difícilmente puede cumplirse si la información no se proporciona en el idioma de los clientes a que va dirigida. Por otra parte, como se ha señalado las finalidades deben formar parte del contenido mínimo de la primera capa.

Por otra parte, las finalidades deben de ser claras para el interesado, así la finalidad de “informar sobre los servicios de la entidad y su uso” no permite conocer cuál es su finalidad real, que parece ser la publicidad de los servicios del consultante.

En lo que respecta a las bases legales se mencionan de forma genérica, sin hacerse referencia al tratamiento que legitiman, lo que igualmente se traduce en una falta de transparencia en la información. Dicha falta de concreción no permite determinar si la base legal elegida es la adecuada, en este sentido, cabe recordar que si se tratan datos de localización para la prestación de servicios de valor añadido resulta de aplicación lo previsto en el artículo 48.2.c) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de

Telecomunicaciones, norma especial cuya aplicación prevalece sobre el Reglamento, según el cual "*Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con los datos de tráfico y los datos de localización distintos de los datos de tráfico, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos: c) A que sólo se proceda al tratamiento de sus datos de localización distintos a los datos de tráfico cuando se hayan hecho anónimos o previo su consentimiento informado y únicamente en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación, en su caso, de servicios de valor añadido, con conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado. Los usuarios finales dispondrán del derecho de retirar su consentimiento en cualquier momento y con efecto inmediato para el tratamiento de los datos de localización distintos de tráfico."*

Igualmente, se alude a la "prestación del servicio contratado" como la base legitimadora para la finalidad definida genéricamente como "comunicaciones relacionadas con la mejora o actualización de los servicios", sin que pueda conocerse si tal finalidad está referida a comunicaciones comerciales, finalidad que no formaría parte del cumplimiento del contrato, debiendo ser otra la base legitimadora.

Asimismo, en los supuestos en que la base jurídica del tratamiento fuera el interés legítimo será preciso indicar expresamente en qué consistirá éste, de conformidad con lo exigido por el artículo 13.1 b) del Reglamento.

Teniendo en cuenta que la finalidades, además de incompletas, se encuentran dispersas en la cláusula y entremezcladas con las bases legales, en aras de dar cumplimiento a la obligación de transparencia y concisión del artículo 12 antes señalada, podría resultar adecuado enumerar los tratamientos que van a llevarse a cabo por categorías relacionadas con cada una de las bases legales; es decir, indicar una enumeración de los tratamientos basados en el desarrollo del contrato, seguido de los basados en el cumplimiento de una obligación legal, los que, en su caso, se funden en el interés legítimo del consultante y aquéllos en los que es preciso contar con el consentimiento de los afectados, pudiendo ofrecerse en el propio documento la posibilidad de prestar ese consentimiento, de forma que exista una clara acción afirmativa del afectado en tal sentido.

Debe aquí recordarse que el consentimiento debe consistir, conforme al artículo 4.1 del Reglamento general de protección de datos en una manifestación o una clara acción afirmativa del afectado.

En este sentido, recuerda el considerando 32 del Reglamento que “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta”.

Quiere ello decir que no será válido el procedimiento a través del cual se establezca una única opción por la que se consiente la realización de todos los tratamientos, sino que será preciso que se produzca la denominada “granularidad” del consentimiento, vinculada en este caso con las distintas finalidades concretas para las que se solicite, debiendo obtenerse el mismo con carácter previo al inicio del tratamiento.

En lo que respecta a los datos a tratar, cabe recordarse la limitación derivada del principio de minimización de datos establecido en el artículo 5 del Reglamento conforme al cual los datos personales serán *“adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados*”. No parece justificado el tratamiento de datos tales como el número de seguridad social, estado civil o datos relativos a seguros, para la contratación de servicios de telefonía móvil.

En lo que respecta a los destinatarios, no se tiene en cuenta que se van a realizar diversas comunicaciones de datos a terceros, tales como las entidades públicas en caso de cumplimiento de obligaciones legales, entidades intervinientes en los procesos de portabilidad, entidades bancarias para el cobro de servicios domiciliados, etc. En cuanto a la forma de informar sobre los destinatarios, cabe tomar en consideración las directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, aprobadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29 y respaldadas por el Comité Europeo de Protección de Datos, órgano creado por el citado Reglamento, entre cuyas funciones se encuentra la garantía de la aplicación coherente mismo. Tales directrices señalan que cabe informar sobre los destinatarios más significativos para los interesados, pudiendo ser éstos los que hayan sido nombrados para que los interesados sepan exactamente quien dispone de sus datos personales o

puede optarse por categorías de destinatarios, siendo la información tan específica como sea posible, indicando el tipo de destinatario (esto es, las actividades que ejerce) la industria, el sector y subsector y la ubicación de los destinatarios.

Debe completarse la información referente a las transferencias internacionales en los términos exigidos por el artículo 13.1 e) del reglamento general de protección de datos.

En lo que respecta al ejercicio de los derechos, debe exponerse claramente los supuestos en que cabe el derecho de oposición. Igualmente debe indicarse que, cuando el tratamiento se base en el consentimiento, el interesado tiene derecho a retirar el mismo en cualquier momento.

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