N/REF: 013521/2019

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las nuevas condiciones generales de contratación de los servicios prestados por VODAFONE ESPAÑA y VODAFONE ONO, aplicables a nuevas contrataciones.

A tal efecto, dichas condiciones contienen una cláusula general de protección de datos ***-4.1.-,*** indicando que los datos del cliente serán responsabilidad de Vodafone España, Vodafone Ono y/o Vodafone servicios, según corresponda. A continuación, se delimitan distintas finalidades para las que la consultante procederá al tratamiento de los datos, separando éstas según la base jurídica del tratamiento aplicable a tales finalidades. Asimismo, se hace referencia a las posibles transferencias internacionales; a la posibilidad de modificar, otorgar y revocar el consentimiento dirigiéndose a la operadora consultante; se indica la dirección de correo electrónico del Delegado de Protección de datos; se recoge el ejercicio de derechos de los afectados, 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 más información.

I

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 (Reglamento General de Protección de Datos -**RGPD**-), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales -**LOPDGDD**- conforman el marco jurídico de referencia en España que afecta a la protección de datos de carácter personal. En estas normas se regulan los principios y fundamentos a los que deben ajustarse la recogida y tratamiento de los datos personales por cualquier persona pública o privada que lleve a cabo tratamiento de datos de carácter personal en el ejercicio de su actividad.

El citado RGPD introduce profundas modificaciones en las normas de protección de datos que afectan de forma relevante, entre otras cuestiones, al denominado principio de trasparencia y derecho de información de los afectados.

Así, en primer lugar, el artículo 12.1 del RGPD 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”.

Por su parte, 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.

En similar sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo **11 de la LOPDGDD:**

"**Artículo 11 LOPDGDD**. *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 concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679."

Finalmente, conforme a la normativa transcrita, para favorecer la accesibilidad y comprensión de la información, se puede facilitar la información -especialmente en forma electrónica-, por fases o capas, tal y como se indica en la "Guía para el cumplimiento del deber de informar", disponible en la web de esta Agencia Española de Protección de Datos, www.aepd.es, distinguiendo entre una información básica, y una segunda capa con información adicional.

II

En este contexto, la cláusula sometida al parecer de la Agencia -incluida en el *apartado 4.1* del documento presentado-, incorpora los contenidos citados, poniéndose -además- de manifiesto la clara y concreta referencia a las finalidades que lleva a cabo la consultante en cumplimiento de obligaciones legales tales como la referida al cumplimiento de la Ley 25/2007 o la obligación de ceder datos a los servicios de emergencia, mencionándose igualmente otras, como las derivadas de lo establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, relativas a las actuaciones relativas a tráfico no permitido o tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas.

A su vez, según se observa, el documento sometido a informe incorpora un amplio apartado *-el 14-* a la ***"Portabilidad",*** refiriendo los detalles técnicos, administrativos y jurídicos implícitos a la gestión de dicho proceso, que, de acuerdo con el RGPD, se constituye en un derecho específico de los ciudadanos en el marco de la protección de sus datos de carácter personal. De tal suerte, los procesos de portabilidad implicarán tanto el tratamiento por parte del consultante de las solicitudes que reciba, como la comunicación de datos a otras operadoras.

En lo que respecta a la **atención al cliente**, en su vertiente de atención al ejercicio de sus derechos en materia de protección de datos, la cláusula *número 3* -Atención al Cliente y Reclamaciones-, incorpora diversas modalidades para dicho servicio de atención e información. Así, a través de la Web, de la aplicación móvil Mi Vodafone, de un servicio telefónico gratuito de Atención al Cliente, y de una dirección de correo electrónico específica.

A su vez, la consultante se refiere, con la claridad exigida por la normativa aplicable, a la posible formulación de reclamaciones y, en su caso, a la presentación de eventuales reclamaciones ante diversos organismos mediadores y/o reguladores.

También en la cláusula específica sobre "Protección de Datos de Carácter Personal *-4.1-",* se alude claramente a la existencia de los medios e instrumentos establecidos legalmente en orden a la mejor defensa de los derechos de los clientes relativos a la protección de su privacidad y de sus datos de carácter personal.

De tal modo, *"el cliente podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación y portabilidad, así como revocar los consentimientos dados, dirigiéndose por escrito con fotocopia de su DNI a Vodafone con la referencia "Protección de Datos", a la dirección de Vodafone incluida en las presentes Condiciones.*

Asimismo, se facilita la dirección de correo electrónico del Delegado de Protección de datos de la consultante, y se pone a disposición de los usuarios que lo requieran de una herramienta de *Permisos&Preferencia*, facilitando la eventual modificación, concesión o revocación de los consentimientos otorgados.

III

En lo que respecta a la finalidad consistente en *"tratar datos de localización que se generen a través del uso del terminal móvil: a) sólo por el tiempo necesario para proveer los servicios de valor añadido que impliquen tal localización y que el cliente previamente haya solicitado"* cuya legitimación según la cláusula informativa se halla en el interés legítimo de la operadora consultante, debe recordarse que 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, dispone que:

"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."

Por consiguiente, la base legal que permite dicho tratamiento no es el interés legítimo del consultante, sino el consentimiento del usuario.

A este respecto, en relación con los datos de localización, cabe añadir que en el documento contractual presentado a informe se observa que, si bien inicialmente la operadora consultante alude claramente al "interés legítimo", en un párrafo posterior de aquél, se expresa que la consultante requerirá el consentimiento expreso de sus clientes para dicho tratamiento, de lo que se infiere la natural confusión en relación con la base legitimadora del tratamiento que, como se ha expuesto anteriormente, se incardina en el "consentimiento expreso", y no en el interés legítimo.

En lo que respecta a la elaboración de perfiles basado en el consentimiento de los afectados, relacionado con sus datos de consumo y facturación, deberá informarse a los interesados específicamente sobre la posibilidad de revocar posteriormente dicho consentimiento, u oponerse al tratamiento dimanante del mismo.

Finalmente, en relación con la utilización de “perfilados” para el envío de comunicaciones comerciales personalizadas, en el documento presentado a informe, se alude al “interés legítimo”, basado en expectativas razonables.

A este respecto, en el envío de dichas *“comunicaciones comerciales personalizadas siempre que dichas comunicaciones sean relativas a servicios o productos de la marca del consultante sobre los cuales el cliente tenga una expectativa razonable de recibirlos como cliente”,* debe tenerse en cuenta que cuando se trate de comunicaciones electrónicas, el artículo 21 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -norma especial cuya aplicación prevalece sobre el Reglamento-, exige el consentimiento expreso del interesado, salvo que se trate de productos y servicios similares a los ya contratados por el usuario.

En consecuencia, cuando se utilicen otros canales de comunicación esta Agencia ha venido entendiendo que, por analogía, resulta posible efectuar publicidad sobre productos o servicios similares a los contratados, pudiendo existir un interés legítimo siempre y cuando se haga una **interpretación razonable** de lo que debe ser un producto o servicio similar al previamente contratado, no extendiéndose a aquéllos respecto de los que no pueda aplicarse una identificación lógica basada en la expectativa razonable del cliente.

En conclusión, si bien la entidad consultante ha agrupado, de una parte, las finalidades basadas en el “interés legítimo”, y, de otra parte, las fundamentadas en el “consentimiento expreso”, se observa cierta confusión estructural en lo relativo a la base del tratamiento relativa a los datos de localización, así como en la estructuración del clausulado referido a la generación de perfiles” y a la utilización de éstos últimos en relación con el envío de comunicaciones comerciales.

IV

La cláusula objeto de consulta hace referencia a un procedimiento para otorgar, revocar o modificar el consentimiento. Debe aquí recordarse que el consentimiento debe consistir, conforme al artículo 4.1 del RGPD 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 que se ponen de manifiesto en la propia cláusula.

Por otra parte, el consentimiento debe recabarse con carácter previo a la realización del tratamiento, debiendo establecerse un mecanismo para que el interesado preste su consentimiento en el momento de la contratación o esperar a que el interesado haga uso de la herramienta puesta a su disposición en el Área privada para otorgar el mismo antes de iniciar cualquier tratamiento basado en el consentimiento del interesado.

En lo que respecta al ejercicio de los derechos reconocidos en el Reglamento General de protección de datos, debe **sustituirse el término cancelación por el de supresión**, dado que el derecho de cancelación recogido en la normativa anterior ha sido modificado no solo en lo que respecta su denominación sino en su contenido.

En todo caso, estas consideraciones tienen por objeto esencial la valoración de las cláusulas aportadas en el contrato presentado a informe, de forma que no excluye cualquier actuación posterior que haya de llevar a cabo esta Agencia en relación con los tratamientos de datos de carácter personal llevados a cabo por la consultante dentro de su ámbito de actividad.