N/REF: 0018/2020

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las nuevas condiciones generales de prestación del "Servicio Telefónico y de Banda Ancha Fija" de la marca consultante, que incluyen la modificación de las condiciones relativas a la permanencia en el caso de contratar un paquete convergente.

A tal efecto, dichas condiciones contienen una cláusula general de protección de datos de carácter personal ***-10.-,*** indicando que el responsable del tratamiento de los datos de carácter personal de los clientes es XFERA MÓVILES S.A.U., que ofrece sus servicios de telecomunicaciones a través de diversas marcas, entre las que se encuentra "la consultante".

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."

II

Las estipulaciones que se someten al parecer de la Agencia -incluidas en la ***cláusula 10*** del documento presentado-, incorporan **sólo parcialmente** los contenidos citados por cuanto, si bien delimitan claramente las distintas finalidades para las que la consultante procederá al tratamiento de los datos, no señalan -en todos los supuestos que se enumeran- las bases jurídicas que legitimarán dichos tratamientos.

De tal modo, se procede a la enumeración de doce (12) tipos de finalidades, estructuradas de acuerdo con una sistemática cuyo epicentro se sitúa en la finalidad misma, y no en la base jurídica que la legitima, **a la que no se refieren** expresamente las *Finalidades* 1, 2, 11 y 12.

En concreto, la *Finalidad 1* se vincula a diferentes actividades que resultan necesarias e inherentes a la prestación del servicio de telecomunicaciones, derivadas del propio contrato -tales como las de registro de datos de tráfico, facturación, portabilidad, provisión de servicios de internet,

etc.-, por lo que deberá señalarse expresamente que la base jurídica legitimadora de los tipos de tratamientos de que se trata se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 6.1 b) del Reglamento General de Protección de Datos, al resultar necesarios para la ejecución del contrato en el que el interesado es parte.

También en relación con la *Finalidad 2*, referida al envío de publicidad sobre el servicio contratado y sobre otros que resulten similares, se echa en falta la referencia a la base jurídica legitimadora de los tipos de tratamiento. Asimismo, en la cláusula objeto de análisis, se delimitan algunas otras finalidades para las que la consultante procederá al tratamiento de los datos, pero tampoco respecto de estas, se señala la base jurídica del tratamiento aplicable en cada caso.

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.

De este modo, 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 consecuencia -dentro de los límites expuestos-, estos tratamientos se fundamentarían en lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento General de Protección de Datos.

A su vez, en lo que respecta al envío de comunicaciones comerciales, la cláusula sometida a informe especifica claramente el posible ejercicio del derecho de oposición, lo cual resulta conforme con la normativa aplicable.

En lo que respecta a la elaboración de perfiles relacionado con los datos de consumo y facturación, a la que también alude la *Finalidad 2*, deberá informarse a los interesados específicamente sobre la necesidad de consentir expresamente dichos tratamientos de sus datos de carácter personal, dejando siempre a salvo la posibilidad de revocar posteriormente dicho consentimiento.

En conclusión, la entidad consultante deberá modificar el texto de la *Finalidad 2*, atendiendo a las observaciones que se acaban de formular. Así, en

relación con las empresas del grupo y dentro de los límites de la interpretación razonable a la que se hace mención en los párrafos precedentes de este informe, tendrá cabida la comunicación de los datos de carácter personal basada en el "interés legítimo". Para el resto de los supuestos, resultará necesario que los clientes afectados otorguen previamente su consentimiento expreso para el tratamiento, siendo también necesario dicho consentimiento para la elaboración de perfilados y de caracterizaciones.

Por su parte, en las *Finalidades* enumeradas como 3 -acciones comerciales de YOIGO-, 4 -acciones comerciales de terceras empresas-, 5 -análisis de datos de tráfico, facturación, navegación y geolocalización-, 6 -cesión de datos a empresas del grupo-, 7 -enriquecimiento de perfilados-, 8 -comprobación de capacidad de pago-, y 9 -conservación de los datos una vez finalizado el contrato-, la entidad consultante alude a la prestación del consentimiento del afectado.

En consecuencia, para todos estos supuestos, deberá informarse que el tratamiento de los datos requerirá del consentimiento expreso de las personas afectadas, orientando específicamente a los interesados sobre la posibilidad de revocar posteriormente dicho consentimiento.

En conclusión, en relación con dicha exigencia -derivada de lo dispuesto en el artículo 6.1 a) del RGPD-, deberá incorporarse la correspondiente previsión en el clausulado sometido a informe, garantizando que el tratamiento de los datos de carácter personal de los afectados para dichos fines resulta *expresamente* consentido, en los términos de los artículos 4.1 *(11)* y 7 del RGPD. De acuerdo con estos preceptos, dicho consentimiento debe ser informado, libre, específico y otorgado por los interesados mediante una manifestación que muestre su voluntad de consentir o mediante una clara acción afirmativa.

De otra parte, según se dispone en el apartado f) del artículo 6.1, del RGPD, referido a la *"Licitud del tratamiento": "1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: (…) f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de* ***intereses legítimos*** *perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones."*

A este respecto, la entidad consultante alude -en su *Finalidad* 10- a dicho interés en aras de la protección del cliente y de la propia compañía ante un eventual fraude en la contratación, cuando se refiere de manera específica a

la verificación de la exactitud de los datos aportados por el cliente y a la lucha contra el fraude.

A nuestro juicio, tanto la referencia al "interés" legítimo, como los medios implementados en orden a la verificación de la exactitud de los datos facilitados por el cliente -a los que se refiere la cláusula incorporada al documento objeto de informe-, resultan conformes con los requisitos inherentes a la base jurídica del tratamiento incardinada en el citado artículo 6.1 f) del RGPD.

En el resto del contenido de la *Finalidad* 10, se hace referencia a la posibilidad de ejercicio de los derechos en materia de protección de datos, con indicación concreta de la fórmula y de los medios puestos al servicio de su efectividad. Sin embargo, en relación con la dicción literal del documento, de conformidad con lo dispuesto en la normativa actualmente aplicable -artículo 17 RGPD-, deberá procederse a la sustitución del término "cancelación" por el de "supresión" en relación con el reconocimiento del citado derecho. En consecuencia, 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 a su denominación sino también en su contenido.

A su vez, tal y como se mencionó con anterioridad, en las *Finalidades* 11 y 12 de la cláusula que se informa, no se alude a las "bases jurídicas" que, en cada caso, habilitan los tratamientos de datos de carácter personal a los que se refieren.

De tal modo, deberá incorporarse la correspondiente mención que, en el supuesto de la *Finalidad* 11 *–"Comunicación de impagos de deudas a sistemas comunes de información crediticia"*-, se vincula al interés legítimo (6.1.f RGPD).

Muy especialmente, en relación con la *Finalidad* 12 *–"Información estadística"*-, junto a la base legitimadora del tratamiento, deberá realizarse una mención específica a los plazos previstos en relación con la misma, y, en su caso, a la posibilidad de que el tratamiento derivado de la pretendida finalidad "estadística" considere la existencia de diversos plazos en función de la eventual concurrencia de distintas bases jurídicas que amparen el tratamiento estadístico.

A su vez, por parte de la consultante debe examinarse si el tratamiento de la información **estadística** generada se encuentra sometido o no a la normativa de protección de datos.

Así, de acuerdo con el contenido de las "Definiciones" del artículo 4 del RGPD, para que exista tratamiento de datos de carácter personal -según se prevé en su punto 2-, se requiere la realización de *"cualquier operación o*

conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".

En consecuencia, cuando dicha información de carácter personal se encuentre sometida previamente a un procedimiento de disociación, no resultará aplicable lo dispuesto en dicho Reglamento -RGPD-, decayendo sus previsiones en relación con la información "anonimizada" objeto de tratamiento. En resumen, la normativa de protección de datos no resulta aplicable a los tratamientos sometidos a un previo procedimiento de disociación.

En este sentido, en el Considerando (26) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se contiene la interpretación de lo que ha de entenderse por información anonimizada, delimitando claramente dicho concepto del relativo a la "seudonimización" de datos, a saber:

"(26) Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. 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. Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación."

Contrario sensu, el Considerando (28) del RGPD, interpreta la aplicación efectiva de la normativa de protección de datos a los tratamientos de datos seudonomizados, al disponer que *"La aplicación de la seudonimización a los datos personales puede reducir los riesgos para los interesados afectados y ayudar a los responsables y a los encargados del tratamiento a cumplir sus obligaciones de protección de los datos. Así pues, la introducción explícita de la*

«seudonimización» en el presente Reglamento no pretende excluir ninguna otra medida relativa a la protección de los datos."

Atendiendo a lo que acabamos de indicar, para que un procedimiento de anonimización pueda ser considerado suficiente a los efectos del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, será necesario que de la aplicación de dicho procedimiento resulte imposible identificar un determinado dato con su sujeto determinado. En este sentido, las disposiciones internacionales reguladoras de la protección de datos de carácter personal vienen a considerar que el afectado no será determinable cuando su identificación exija un esfuerzo desproporcionado que haga imposible, en la práctica, identificar a la persona física titular de los datos personales previamente tratados por el responsable.

No obstante lo anterior, conviene insistir en la clara distinción existente de ambas figuras. Así, mientras a través de la disociación se impide la identificación del sujeto afectado, y se sitúa la información objeto de tratamiento fuera del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos, la seudonimización requiere la adopción de medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar que se aplique el RGPD al tratamiento correspondiente, pero mantiene por separado la información adicional para la atribución de los datos personales a una persona concreta (*ex Considerando 29 RGPD*), quedando los tratamientos de datos sometidos al régimen del RGPD.

En consecuencia, en lo relativo a la *Finalidad 12* del clausulado presentado a informe –*"Información estadística"*-, por parte de la consultante deberá determinarse si los datos tratados van a vincularse o no a datos personales que identifiquen de algún modo a los afectados.

Finalmente, según se observa, la consultante *no ha introducido mención alguna* a la finalidad relativa a la conservación de datos en cumplimiento de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, por lo que deberá procederse a la inclusión de dicha finalidad en el clausulado que se informa, con indicación expresa de la base jurídica que justifica dicho tratamiento, que se fundamenta en el cumplimiento de una obligación legal (6.1.c RGPD).

III

En el documento que se informa, se alude de manera expresa -apartado ¿Qué tipo de datos tratamos? - al origen de los datos tratados por la operadora consultante. A este respecto, se distingue entre los datos proporcionados directamente por el afectado, y aquellos obtenidos de otras fuentes, entre las que se incluyen las *"fuentes accesibles al público".* A este respecto, será preciso que se supriman del texto las referencias a las fuentes accesibles al

público, al no ser éste un concepto jurídico conforme al Reglamento General de Protección de Datos, sustituyéndola, en su caso, por la expresión “fuentes de acceso público”.

Igualmente, sería preciso matizar en qué supuestos y bajo qué condiciones se recabarán datos de los Organismos Públicos enumerados en la letra b) del apartado referido a las categorías de los datos obtenidos de otras fuentes distintas del propio cliente, teniendo en cuenta que tanto los datos tributarios cómo los obtenidos por la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado, conforme a sus respectivas regulaciones y solamente pueden ser cedidos en los supuestos y con las finalidades previstas en tales normas.

IV

Bajo el título ¿A quién comunicamos sus datos? la cláusula que se informa refiere la existencia de una pluralidad de destinatarios -cesionarios de la información con datos de carácter personal- recabados por la operadora consultante. Sin embargo, no acompaña el “cuadro” al que se refiere, en el que -según se deduce- se estructuran los diversos tipos de datos comunicados y la habilitación legal que, en cada caso, ampara la cesión de dicha información. En consecuencia, no existen elementos que permitan el análisis de conformidad del *omitido* cuadro con la normativa de protección de datos.

El apartado ***10.5*** se refiere a la conservación de los datos personales de los afectados. Con carácter general, se dispone la conservación de los datos por la operadora mientras se mantenga la relación contractual, si bien -mediando el consentimiento de los afectados- dicho plazo podría ampliarse hasta un máximo de cinco años.

Asimismo, se alude a la relación contractual y a las vicisitudes derivadas de la misma que, en su caso, justificarían la conservación de la información de carácter personal de los afectados durante la tramitación de los litigios y contenciosos a los que pudiere haber lugar, derivados del contrato y su ejecución.

Finalmente, una vez suprimidos, se dispone el bloqueo de los datos en los términos establecidos por la normativa de protección de datos, lo que resulta conforme con lo previsto en el artículo 32 de la **LOPDGDD**, cuando dispone que:

“Artículo 32. *Bloqueo de los datos.*

1. El responsable del tratamiento estará obligado a bloquear los datos cuando proceda a su rectificación o supresión.
2. El bloqueo de los datos consiste en la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su

tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas.
Transcurrido ese plazo deberá procederse a la destrucción de los datos.
3. Los datos bloqueados no podrán ser tratados para ninguna finalidad distinta de la señalada en el apartado anterior.
(…)"

V

La cláusula sometida al parecer de la Agencia, en su apartado ¿Cuáles son sus derechos?, hace referencia a los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación del tratamiento y portabilidad establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos -artículos 12 a 23 RGPD-, que podrán ejercitarse conforme a lo dispuesto por dicha normativa reguladora. A su vez, en este mismo apartado se reconocen de manera expresa el derecho a "revocar" el consentimiento prestado, y el derecho a presentar una "reclamación frente a la Autoridad de control".

El análisis de idoneidad de dicha cláusula resulta afirmativo, habida cuenta su conformidad con las exigencias derivadas de la normativa aplicable, y refiriéndose con la suficiente claridad y detalle a dichos derechos y a la forma de su ejercicio.

La cláusula objeto de informe no se refiere de manera expresa a las transferencias internacionales de datos, debiendo acudirse a la política de privacidad de la marca, obrante en internet para verificar la efectiva conformidad de sus previsiones con lo dispuesto en el artículo 13.1 f) del RGPD.

Así, en el epígrafe 4 de dicha política de privacidad, bajo el epígrafe ¿a quién comunicamos sus datos?, se señala que "no está previsto que se realicen transferencias internacionales de datos".

Finalmente, se remite a la página web de la compañía la información sobre el Delegado de Protección de Datos y los medios a través de los cuales se puede contactar con él. De tal suerte, dicha información se obtiene a través de una "segunda capa" informativa, accediendo a la política de privacidad de la consultante, obrante en la dirección electrónica, que incorpora la correspondiente previsión en su apartado 1, relativo al Responsable del Tratamiento.

VI

En conclusión, es preciso que se modifique la cláusula sobre protección de datos objeto de este informe *-cláusula **10**-,* en los términos que se han venido señalando a fin de garantizar el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento General de Protección de Datos.

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.