



Expediente Nº: E/00596/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **UNOE BANK, S.A.**, y **XFERA MÓVILES SA** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 18 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara que:

A través de la página web de **YOIGO (XFERA MOVILES)**, en la dirección www.yoigo.com, al solicitar la portabilidad de una línea móvil, se pueden adquirir terminales financiados con la entidad **UNOE BANK**.

Para formalizar dicha compra, es necesario aceptar las condiciones legales tanto de la solicitud de portabilidad como de la financiación del terminar con la entidad bancaria.

En la cláusula 17.3 de las condiciones generales del préstamo existe una casilla para poder oponerse a la cesión de los datos personales con fines publicitarios, no obstante dichas condiciones generales se muestran en un fichero de texto con formato pdf., donde no se puede marcar la citada casilla, por lo que hay que aceptar todas las condiciones generales para formalizar la adquisición.

Aporta copia de las citadas "Condiciones Generales", donde se verifica que en el apartado 17.3 consta:

"El titular autoriza que sus datos personales se incorporen en ficheros del Banco para las siguientes finalidades:

- a) La elaboración de perfiles de cliente con fines comerciales, a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios, y el análisis de riesgos para futuras operaciones.*
- b) La remisión, a través de cualquier medio por correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica equivalente, de cualesquiera informaciones sobre productos o servicios bancarios propios o de terceros.*

El consentimiento del Titular establecido en el presente apartado se entenderá otorgado salvo que el mismo manifieste su negativa marcando con una X en la siguiente casilla."

Así mismo, se verifica que en el punto 17.11 de las citadas condiciones generales, se informa del procedimiento para el ejercicio de los derechos ARCO.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Según consta en la información remitida a esta Agencia por **UNOE BANK S.A.**, con fecha 1 de agosto de 2016, en relación con los hechos denunciados:

1. Aportan copia impresa de varias pantallas obtenidas de la página web del **YOIGO**, donde se comprueba que:
 - a. En el formulario de recogida de datos para los clientes, figuran las opciones "No quiero recibir información de vuestras novedades, productos o servicios" y "No quiero promociones personalizadas en base a mis datos de tráfico,

consumo y navegación”, en ambas hay una casilla para poder marcarla.

- b. *Así mismo, hay que marcar una casilla con la siguiente leyenda “He leído y acepto las Condiciones de venta a distancia, las Condiciones Generales del Contrato, las Condiciones Generales de Portabilidad, las Condiciones Generales del préstamo de **UNOE BANK S.A.**, la información Normalizada Europea (**INE**) con la información sobre el préstamo y he sido informado de mi derecho de desistimiento.”*
2. Los datos del denunciante no constan en los ficheros de la entidad bancaria.
3. Aportan copia del contrato suscrito por la entidad con **XFERA MOVILES S.A.**, de fecha 6 de mayo de 2013, en el que se acuerdan las condiciones de financiación de terminales de **YOIGO** por parte de **UNOE BANK S.A.**, mediante la concesión de un crédito, en establecimientos de venta del operador

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

En lo que se refiere al tratamiento de datos personales, el artículo 6.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) dispone que:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

“2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 7 primer párrafo, *“(…) consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”*.

Por su parte, el art. 15 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el

Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, regula la solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma, señalando que:

“Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.”

En este caso, el denunciante adjunta a su denuncia copia de las “Condiciones Generales”, del contrato de préstamo de la entidad **UNOE BANK** en el caso de solicitar financiación para adquirir un terminal a través de **XFERA MOVILES S.A.**, donde se verifica que en el apartado 17.3 consta:

“El titular autoriza que sus datos personales se incorporen en ficheros del Banco para las siguientes finalidades:

- a) La elaboración de perfiles de cliente con fines comerciales, a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios, y el análisis de riesgos para futuras operaciones.*
- b) La remisión, a través de cualquier medio por correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica equivalente, de cualesquiera informaciones sobre productos o servicios bancarios propios o de terceros.*

El consentimiento del Titular establecido en el presente apartado se entenderá otorgado salvo que el mismo manifieste su negativa marcando con una X en la siguiente casilla.”

Así mismo, se verifica que en el punto 17.11 de las citadas condiciones generales, se informa del procedimiento para el ejercicio de los derechos ARCO.

De las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por esta Agencia, se desprende la relación contractual existente entre las entidades denunciadas al aportarse contrato suscrito por la entidad con **XFERA MOVILES S.A.**, de fecha 6 de mayo de 2013, en el que se acuerdan las condiciones de financiación de terminales de **YOIGO** por parte de **UNOE BANK S.A.**, mediante la concesión de un crédito, en establecimientos de venta del operador.

Por otro lado, señalar que en el formulario de recogida de datos para los clientes, figuran dos opciones teniendo ambas una casilla para poder marcarla:

- *“No quiero recibir información de vuestras novedades, productos o servicios” y*
- *“No quiero promociones personalizadas en base a mis datos de tráfico, consumo y navegación”,*

Así mismo, hay que marcar una casilla con la siguiente leyenda:

- *“He leído y acepto las Condiciones de venta a distancia, las Condiciones Generales del Contrato, las Condiciones Generales de Portabilidad, las Condiciones Generales del préstamo de **UNOE BANK S.A.**, la información Normalizada Europea (INE) con la información sobre el préstamo y he sido informado de mi derecho de desistimiento.”*

Asimismo señalar que se manifiesta que los datos del denunciante no constan en los

ficheros de la entidad bancaria.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 53.2 b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, *“los presuntos responsables tendrán derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”*.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 24/1997, ha establecido que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.

b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se hayan obtenido evidencias o indicios de los que se derive la existencia de infracción.

De acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial cabe concluir que, en el presente caso, no se han aportado indicios razonables de los que pueda deducirse que las entidades **UNOE BANK, S.A.**, y **XFERA MÓVILES SA** infringen el artículo 6.1 y 2 LOPD, ya que **XFERA MÓVILES SA** ha demostrado que la relación contractual que mantiene con **UNOE BANK, S.A.**, se produce para la financiación de terminales de **YOIGO**.

Además en las condiciones generales de la solicitud de portabilidad, aparecen dos casillas que permiten al cliente oponerse a recibir información o promociones y en la cláusula 17, se informa del procedimiento para el ejercicio de los derechos ARCO.

Asimismo, **UNOE BANK, S.A.**, manifiesta que los datos del denunciante no constan en sus ficheros.

III

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:



1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **UNOE BANK, S.A., XFERA MÓVILES SA** y a **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se podrá interponer potestativamente recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos