

Expediente N°: E/01829/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades AFFINION INTERNATIONAL S.L., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17 de marzo de 2014, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que declara haber recibido una llamada que en nombre de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. (en adelante MOVISTAR) le ofrecían productos que no estaba interesada y así lo manifestó al operador/ofereente. Y a pesar de ello AFFINION INTERNATIONAL S.L (en lo sucesivo AFFINION); entidad con la que declara no unirle ningún vínculo, le ha girado recibos contra su cuenta corriente por un servicio que no ha utilizado, y ello sin haber autorizado a MOVISTAR a ceder sus datos personales y bancarios a un tercero.

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:

Análisis del procedimiento seguido por AFFINION para la contratación del producto Disfruta y Ahorra

Para recabar los datos personales de sus clientes AFFINION ha suscrito contratos de colaboración con diversos colaboradores entre los que se encuentran Movistar, Venca, Club Cortefiel y Centro Deportivo Supera. AFFINION acuerda con cada uno de estos colaboradores el argumentario con las cuestiones y los datos necesarios para ofrecer el producto a sus potenciales clientes y recabar el consentimiento para la contratación.

Los colaboradores ofrecen los productos de AFFINION a sus propios clientes contactando telefónicamente con ellos. Para ello suscriben un contrato de prestación de servicios con los Call Center que actúan como encargados del tratamiento. Y AFFINION por su lado también suscribe un contrato de prestación de servicios con los mismos Call Center contratados por sus entidades colaboradoras.

De este modo, si el cliente del colaborador acepta la contratación de los servicios de AFFINION, el Call Center que realiza la llamada verifica lo datos con el cliente y recaba es el consentimiento para transferir los datos de los clientes a AFFINION para formalizar la venta.

Se ha verificado en grabaciones aleatorias que el interlocutor indica al cliente que llama de parte de MOVISTAR para ofrecer un producto de AFFINION. Explica

detalladamente los términos y condiciones del servicio ofertado. Y si el cliente acepta confirman su identidad preguntándole el número de DNI y algún dato más como su segundo apellido, o domicilio.

Cuando el cliente pasa la política de seguridad, le solicitan el consentimiento para realizar la cesión de sus datos a AFFINION. En caso afirmativo el Call Center comienza a actuar como encargado del tratamiento de AFFINION, seguidamente le consultan el medio de pago dándole la opción de utilizar el mismo con el que pagan las facturas que emite MOVISTAR o aportar otro número de cuenta corriente o tarjeta, de modo que si en interesado indica que sí desea que se carguen las facturas de AFFINION en el medio de pago utilizado con Movistar, se transfiere directamente este dato. Y por último, se verifica la dirección postal y se le solicita una dirección de correo electrónico.

Cuando un cliente contrata el servicio Disfruta y Ahorra, dispone de un plazo de 30 días gratuitos. Este periodo comienza a contar 15 días después de la contratación, que es el plazo estimado para la recepción de la documentación en el domicilio del cliente (Wellcome Pack) o en la dirección de correo electrónico facilitada (Wellcome Email)

Tanto el Wellcome Pack como el Wellcome Email se consideran por parte de AFFINION como copias del contrato ya que en ambos documentos se encuentra toda la información contractual obligatoria. El cliente no debe de devolver nada firmado ya que el consentimiento para la contratación se obtiene durante la llamada. En estos documentos se dan instrucciones para darse de alta en la página web de la entidad, pero esta alta es con la finalidad de solicitar los descuentos a que tienen derecho como clientes, no para confirmar la contratación.

También se ha establecido un sistema de control de correos devueltos. De modo que cuando un Wellcome Pack es devuelto se verifica que la dirección es correcta, se intenta contactar telefónicamente con el cliente hasta 3 veces y si no se consigue se le da de baja en el servicio.

Y por último, se han realizado las siguientes comprobaciones sobre el sistema de información de AFFINION en relación con la contratación de los servicios de Disfruta y Ahorra, por parte de Dña. **A.A.A.** :

- Se verifica que en el sistema de información, en la pantalla de Datos de Cliente figura nombre y apellidos, DNI, teléfono, fecha de nacimiento y correo electrónico
- Se consultan las suscripciones de este cliente verificándose que se ha dado de alta en un servicio; el Servicio Disfruta y Ahorra asociado al número de cliente ***NÚMERO.1, con fechas de alta y baja 30/05/2013 y 16/01/2014.
- La entidad colaboradora que ha contactado con el cliente para ofrecerle los productos de AFFINION es MOVISTAR.
- El Wellcome Pack se remite el 15/05/2013
- Se ha emitido 7 cuotas, 2 de ellas devueltas por el cliente
- Con fecha 16/01/2014 el cliente llama por teléfono solicitando la baja y se tramita ese mismo día.

- También reclama la devolución de las cuotas abonadas indicando que no ha dado su consentimiento para la contratación, le indican que esta reclamación debe presentarla por escrito.
- En fecha 23/01/2014 llama para informarse del procedimiento para solicitar la grabación de la contratación
- En fecha 12/02/2014 presenta reclamación por alta no válida, desde la entidad, después de escuchar la grabación la dan por buena.
- Finalmente se escucha la grabación de la contratación a nombre del reclamante verificando que: el interlocutor solicita el consentimiento para ceder sus datos a AFFINION con la finalidad de contratar el producto “disfruta y ahorra”. Le informan de que dispone de un periodo de prueba de 30 días. Verifican que la cuenta corriente en que se va a realizar el pago es la misma en que se cargan las facturas de Movistar. La interesada confirma su nombre completo, que es mayor de 18 años y reside en España, la dirección postal y aporta su correo electrónico, y también aporta su D.N.I.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director 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

El artículo 6.1 de la LOPD que dispone que *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”*

El apartado 2 del mismo artículo añade que *“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 de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de los 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 (F.J. 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 el 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 (...).*

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

III

En el presente caso, el tratamiento de datos realizado por las entidades denunciadas fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que AFFINION aporta copia de la grabación de la contratación a nombre de la denunciante y en la misma queda constancia que el interlocutor indica que llama de parte de MOVISTAR para ofrecer el servicio “disfruta y ahorra” de AFFINION, explica las condiciones del servicio y solicita el consentimiento para ceder sus datos a AFFINION con la finalidad de contratar el mencionado servicio. Asimismo, verifican que la cuenta corriente en que se va a realizar el pago es la misma en que se cargan las facturas de MOVISTAR y finalmente la denunciante confirma su nombre completo, que es mayor de 18 años y reside en España, la dirección postal y aporta su correo electrónico y su D.N.I.

Por lo tanto, se ha de analizar el grado de culpabilidad existente en el presente caso. La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asuman en su devenir, un constante tratamiento de datos de clientes y terceros, que en la gestión de los mismos, acrediten el cumplimiento de un adecuado nivel de diligencia, debido a las cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. En este sentido se manifiesta, entre otras, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29/04/2010 al establecer que *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato.”*

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que el tratamiento de datos realizado por AFFINION fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable, al adoptar las medidas necesarias para que el operador/oferente del servicio identificara a la persona que realizaba la contratación y al solicitar el consentimiento de la denunciante para ceder sus datos personales y bancarios a AFFINION.

IV

Por otro lado, podríamos hablar de un consentimiento presunto de la denunciante a la contratación del servicio objeto de controversia, en la medida en que se han emitido y abonado facturas del servicio desde la contratación (30/05/2013) hasta la baja del servicio (16/01/2014). Concretamente se han emitido siete cuotas y las dos últimas han sido devueltas por la denunciante. Por tanto, queda acreditado que la

denunciante ha estado prácticamente seis meses abonando las facturas del servicio “disfruta y ahorra” y que en la reclamación interpuesta no reconoce.

En la línea del consentimiento presunto tras el pago de diversas facturas del servicio supuestamente no contratado hace mención la Audiencia Nacional, entre otras, en la Sentencia de fecha 4 de noviembre de 2011 (Rec. 424/2010), en la que señala lo siguiente:

“...Esta Sala, a pesar de lo expuesto, y una vez valoradas las pruebas practicadas en las actuaciones, entiende que en el presente caso concurren una serie de circunstancias que conllevan que no pueda considerarse lesionado el principio del art. 6.1 LOPD. Y ello por considerar que sí ha existido en el presente supuesto un consentimiento tácito de la afectada, o más exactamente, un consentimiento presunto, en cuanto el mismo se deduce de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación, teniendo en cuenta que la parte actora tenía el nombre y apellidos de la denunciante, sí como el número de la cuenta bancaria, pero especialmente diversas facturas todas las cuales fueron cargadas y abonadas en la cuenta bancaria titularidad de la denunciante, a excepción de las correspondientes a julio y agosto de 2008, que fueron devueltas. En concreto, fueron abonadas desde el mes de febrero de 2007 hasta el mes de junio de 2008, ambos inclusive, por importes que varían entre 7,11 euros y 23,20 euros.

Es cierto que constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala que, por regla general, corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la Ley, sólo el consentimiento justifica o legitima el tratamiento, y a tal fin deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado.

En el presente caso, sin embargo concurren una serie de circunstancias específicas, esencialmente la existencia de consumo telefónico y la recepción y pago puntual de las facturas durante 16 meses, que llevan a esta Sala al convencimiento de que tal denunciante sí había prestado su consentimiento para la contratación de la línea en cuestión con dicha entidad telefónica recurrente, y en consecuencia, que la imputación de la infracción del art. 6.1 LOPD no puede ser apreciada.

Véanse, en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 1-2-2006 (Rec. 250/2004), 21-1-2009 (Rec. 109/2008), 24-6-2010 (Rec. 619/2009), 11-2-2010 (Rec. 418/09) y 17 de noviembre de 2010 (Rec. 729/09). “

V

Por todo lo cual, se ha de concluir, que tras el análisis de los hechos denunciados y de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por esta Agencia, no se han acreditado elementos probatorios que permitan atribuir a AFFINION INTERNATIONAL S.L. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. una vulneración de la normativa en materia de protección de datos.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a AFFINION INTERNATIONAL S.L. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U y a Dña. **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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos