

Expediente Nº: E/06186/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la(s) entidad(es) **AFFINION INTERNATIONAL S.L., Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles España SAU** en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 1 de agosto de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) frente a **AFFINION INTERNATIONAL S.L.**, en lo sucesivo (el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

*“...he recibido llamadas de **Affinion** International que se hace pasara por un agente de Movistar para vender un producto. La teleoperadora que me atendió colgó el teléfono sin ninguna explicación. Solicito a este organismo que inste a la Empresa denunciada a borrar mis datos de cuantos ficheros comerciales me haya inscrito e imponga la sanción que corresponda ante el incumplimiento de la Legislación vigente (...)*—folio nº 1--.

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:

Procedimiento seguido por Telefónica Móviles España para ofrecer a sus clientes productos y servicios de **Affinion Internacional**.

1. Con fecha 2 de enero de 2013 de 2013 se suscribió un contrato con Affinion al objeto de ofrecer a sus clientes los productos y servicio de esta entidad, uno de estos servicios era “disfruta y ahorra”.

La campaña comercial la realizó Movistar, realizando previamente una selección sobre sus ficheros de aquellos clientes que cumplieran con los siguientes requisitos:

No hubieran manifestado su oposición a recibir llamadas de telemarketing.

No hubieran manifestado su oposición al tratamiento de sus datos de tráfico con la finalidad de recibir promociones comerciales.

En relación a la exclusión de clientes que se encuentran dados de alta en la lista Robinson de la FECEMD los representantes de Movistar indican que la operativa que existe para la descarga de los ficheros de personas que utilizan Lista Robinson para solicitar la oposición al tratamiento de datos para envío de publicidad es la siguiente:

El fichero de ADigital (antiguo FECEMD) se solicita al organismo de forma mensual y al inicio de cada mes. Una vez descargado, se usa para que la numeración que el usuario no cliente indique, no se utilice para campañas de captación.

Todos interesados que ya son clientes de la entidad y que se dan de alta en el listado Robinson son excluidos de las campañas comerciales dando

cumplimiento a su petición.

Si un interesado se dio de alta en Lista Robinson antes de ser cliente Movistar, su petición no opera cuando pasa a ser cliente, ya que el consentimiento para el tratamiento de datos solicitado en la contratación, anula su deseo anterior de no ser contactado.

En los contratos suscritos por los clientes de la entidad figura una cláusula de protección de datos que informa sobre la posibilidad de oponerse al tratamiento de datos para fines comerciales. El literal de la citada cláusula es el siguiente:

“Protección de datos: Telefónica Móviles España, S.A.U., en cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, informa al cliente de que los datos personales que aporta en este acto junto a los obtenidos durante la vigencia del contrato por Telefónica Móviles España, S.A.U., o su red de distribución, serán incluidos en ficheros informatizados de datos de carácter personal titularidad de esta Empresa, responsable del tratamiento y destinataria de los datos, siendo necesarios para la relación contractual y teniendo el carácter de obligatorio a excepción de los marcados como opcionales. Asimismo, con la intención de ofrecerle nuestra mejor atención e informarle de nuestros servicios de telecomunicaciones, y en cumplimiento de lo dispuesto en el 65.3 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE, 29 abril de 2005), Telefónica Móviles España, S.A.U., solicita su consentimiento para tratar, junto con los datos personales que usted nos facilita, todos los datos de tráfico necesarios para realizar la facturación y pagos de las interconexiones y todos los datos de los servicios de los que sea usuario, para ofrecerle promociones comerciales o para la prestación de servicios con valor añadido, durante la vigencia de la relación contractual, y siempre que no se oponga a este tratamiento en el plazo de un mes a contar desde la firma del contrato dirigiendo escrito a Telefónica Móviles España, S.A.U., Ronda de la Comunicación s/n. Distrito Telefónica. Edificio Sur 3. 2ª planta. 28050 Madrid, llamando al teléfono gratuito 224407 o en www.movistar.es. Asimismo, podrá revocar dicho consentimiento en cualquier momento a través de los medios indicados. No obstante, el consentimiento para el tratamiento de todos los datos de tráfico para la prestación de servicios con valor añadido se considerará otorgado desde el momento de solicitud, uso o acceso a cualquier servicio de este tipo. El cliente consiente que Telefónica Móviles España, S.A.U., en su continuo afán de mejorar la satisfacción de sus clientes, le envíe promociones comerciales, le comunique las ofertas más interesantes, las últimas novedades y toda la información de los productos y servicios de la Compañía que puedan ser de su interés. Si no desea que Telefónica Móviles España, S.A.U., le envíe promociones y ofertas de productos y servicios propios de Movistar que puedan ser de su interés a través de mensajes cortos (SMS) y correos electrónicos, en cumplimiento del art. 21.2 y 22.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, dirija escrito a Telefónica Móviles España, S.A.U., Ronda de la Comunicación s/n. Distrito Telefónica. Edificio Sur 3. 2ª planta. 28050 Madrid, llame al teléfono gratuito 224407 o entre en www.movistar.es. El cliente puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición previstos en la Ley, dirigiéndose por escrito al domicilio social de Telefónica Móviles España, S.A.U., Referencia DATOS, en Ronda de la Comunicación s/n. Distrito Telefónica. Edificio Sur 3. 2ª planta. 28050 Madrid. Telefónica Móviles España, S.A.U., tiene la obligación de secreto de los datos y el deber de guardarlos, y adoptará las medidas necesarias para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. En cualquier caso, Telefónica Móviles España, S.A.U., garantiza al cliente que en la utilización de sus datos personales se observarán escrupulosamente las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, así como en el restante ordenamiento aplicable donde se establecen garantías y

cautelos en cuanto al tratamiento de los datos de carácter personal del cliente.

El cliente otorga su consentimiento a Telefónica Móviles España, S.A.U., para grabar las llamadas que él mismo pueda realizar al servicio de atención telefónica 1004, o las que se le pudieran hacer desde Telefónica Móviles España, S.A.U., o desde cualquier empresa autorizada por ésta. Dicha grabación se realiza con la finalidad de mejorar la calidad de prestación de los servicios objeto del contrato, con la de verificar la satisfacción de los clientes, así como de acreditar la contratación.

Según indican los representantes de la entidad, cuando la contratación es telefónica el operador lee el siguiente texto

"TELEFONICA MOVILES ESPAÑA le informa de que sus datos personales serán incorporados en un fichero del que es responsable para prestar el servicio contratado. Puede ejercitar sus derechos de protección de datos, mediante escrito a Telefónica Móviles España. Referencia Datos. Apartado de correos 56. 48080 Bilbao."

Finalizada la venta, se informa al cliente de que recibirá en su domicilio una carta de bienvenida, con la siguiente información:

"En el link www.movistar.es/contratos se pueden consultar las condiciones que se adjuntan en el anexo."

El cliente puede acceder por internet a las cláusulas de protección de datos detalladas anteriormente.

2. Para realizar la campaña comercial que ofertaba productos de Affinion se utilizaron tres Call Center con los que se suscribieron acuerdos de confidencialidad, actuando éstos como encargados del tratamiento de los datos personales de los clientes por cuenta de Movistar.

Las entidades seleccionadas fueron Atento, Transcom World Wide y Extell Contact Center.

Movistar entregó a cada Call Center una base de datos en la que figuraba la siguiente información de cada cliente:

Nombre y apellidos,
Teléfono móvil de contacto,
NIF
Cuenta Corriente,
Dirección Postal.

Además debían utilizar un argumentario acordado con Affinion para ofrecer el producto "disfruta y ahorra" a los potenciales clientes de esta entidad y recabar el consentimiento para la contratación. Si el cliente estaba interesado, solicitaban además el consentimiento para la cesión de sus datos a Affinion con el objeto de completar la contratación.

Una vez que el cliente consiente la cesión de los datos, finaliza la prestación de servicio de telemarketing contratada por Movistar.

3. Affinion por su lado también suscribe un contrato de prestación de servicios con cada uno de los Call Center contratado por Movistar.

De este modo, cuando el cliente del Movistar acepta la cesión de datos a Affinion, el Call Center que realiza la llamada verifica deja de actuar como encargado del

tratamiento por cuenta de Movistar y pasa a actuar como encargado del tratamiento por cuenta de Affinion, verificando los datos cedidos con el cliente para formalizar la venta.

El personal del Call Center graba los datos de cada nueva contratación en los ficheros de Affinion.

4. Sobre el sistema de información se ha verificado que el reclamante no ha ejercitado el derecho de oposición tratamiento de sus datos con la finalidad de evitar la recepción de llamadas de Telemarketing.

Procedimiento seguido por Affinion para la contratación del producto Disfruta y Ahorra

1. 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 los potenciales clientes de Affinion y recabar el consentimiento para la contratación.

2. 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.

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 los datos con el cliente y recaba el consentimiento para transferir los datos de los clientes a Affinion para formalizar la venta.

3. 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.

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 el 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.

Se verifica la dirección postal y se le solicita una dirección de correo electrónico.

4. 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 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.

5. 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 **A.A.A. DNI ***DNI.1:**

- 5.1. Se verifica que sus datos no figuran en el sistema de información, a la vista de esta documentación, los representantes de la entidad manifiestan que probablemente recibiría una llamada de su colaborador ofreciendo los servicios de la entidad, pero al no aceptar la contratación no disponen de ninguna información.

Al no haber contratado los servicios de la entidad no disponen de grabación alguna.

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 de la LOPD, determina:

“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 negocial, 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 o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de datos sin consentimiento 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) señala que:

“...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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional 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. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

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

III

En el presente caso, se procede a examinar la reclamación de fecha **01/08/13** en dónde el epigrafiado pone de manifestó lo siguiente en orden a su adecuación a la LOPD.

*“...he recibido llamadas de **Affinion** International que se hace pasar por un agente de Movistar para vender un producto. La teleoperadora que me atendió colgó el teléfono sin ninguna explicación. Solicito a este organismo que inste a la Empresa denunciada a borrar mis datos de cuantos ficheros comerciales me haya inscrito e imponga la sanción que corresponda ante el incumplimiento de la Legislación vigente (...)—folio nº 1--.*

Con fecha **22/04/14** se personan en el establecimiento de la Entidad denunciada—**Affinion**—Inspectores de la AEPD debidamente autorizados en orden a constatar los “hechos” objeto de la denuncia ante esta AEPD.

Con relación a los datos de carácter personal del afectado cabe indicar *“que no disponen de ninguna información asociada al mismo. No siendo cliente de la referida Entidad”.*

Por tanto, el acta de inspección levantada por los Inspectores de la AEPD tiene la consideración de medio de prueba admisible en Derecho—ex art. 80 Ley 30/92, 26 de noviembre—acreditando la **no existencia de datos del afectado** en los sistemas de la Entidad denunciada, así como, la *“no consideración de cliente del mismo”* a efectos prácticos.

Los datos del afectado son utilizados y tratados por la Entidad—**Telefónica Móviles España S.A-U**—en virtud de la relación contractual existente entre los mismos en dónde en el momento de la firma del mismo “letra pequeña” se le informa expresamente de la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos para fines comerciales, así como, **el modo de ejercitar su oposición al tratamiento de éstos**.

La **presunción de inocencia** debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26/04,

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.*

La presunción de inocencia rige sin excepciones en el Ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualquier sanción, ya sea penal o **administrativa** (TCo 13/1981), pues el ejercicio del derecho sancionador en cualquiera de sus manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propia posiciones.

Conforme a este principio, no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe una **actividad probatoria de cargo**, que en la apreciación de las autoridades u órganos llamados a resolver, destruya esta presunción (TCo Auto 3-12-81).

De conformidad con lo expuesto, cabe concluir que tras la inspección efectuada en la Entidad denunciada—**Affinion**—no consta registrado dato personal alguno/s del afectado, por lo que no se puede atender la petición del mismo relativa a la cancelación de sus datos de carácter personal.

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 la Entidad **AFFINION INTERNATIONAL S.L.**, y a Don **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