



Expediente N°: E/06284/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **AFFINION INTERNATIONAL S.L.**, en virtud de denuncia presentada por Doña **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 15 de julio de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo el/la denunciante) **AFFINION INTERNATIONAL S.L., CIFSA** en lo sucesivo (el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

“La Empresa Venca ha dado sin mi autorización datos personales y bancarios míos a la empresa Affinion International S.L...solicito que Venca asuma los daños ocasionados (...)”—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:

ACTUACIONES PREVIAS

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 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.

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 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.

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 Disfruta y Ahorra y Mi Asesor, por parte de **B.B.B.** NIE **C.C.C.** :

- 5.1. Se comprueba que asociado a este NIE se ha dado de alta el servicio Disfruta y Ahorra

- 5.1.1. 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

- 5.1.2. Este servicio tiene asociado el número de cliente **D.D.D.**, y figuran como fechas de alta y baja 05/04/2013 y 19/07/2013.

La carta Wellcome Pack fue enviada el 08/04/2013, también le enviaron tres correos electrónicos el a los 7 días de la contratación, a los 30 días y a los 45 días.

La entidad colaboradora que ha contactado con el cliente para ofrecerle los productos de Affinion es Venca.

Consta un contacto con la entidad en fecha 06/07/2013 en el que se pone de manifiesto que no consintió la activación del servicio, sólo que le enviaran en Wellcome Pack. Desde la entidad le informan de la operativa del producto.

Con fecha 18/02/2013 consta la recepción de una reclamación de la OMIC en la que solicita la devolución de dos facturas. Ese mismo día se gestiona la baja y la devolución de las dos facturas cargadas.

A la vista de esta información, los representantes de la entidad manifiestan que se intentó realizar la devolución en el mismo medio de pago (una tarjeta de crédito) pero al haber sido cancelada no pudo efectuarse.

Desde la entidad le solicitan un número de cuenta donde realizar la devolución.

5.1.3. 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.

También aporta su NIE

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 **15/07/13** en dónde la epigrafiada pone de manifiesto los siguientes hechos en orden a su adecuación a la LOPD.

“La Empresa Venca ha dado sin mi autorización datos personales y bancarios míos a la empresa Affinion International S.L...solicito que Venca asuma los daños ocasionados (...)”—folio nº 1--.

Con fecha **18/02/14** se realiza inspección en la Entidad—Affinion International—mediante Inspectores de la AEPD debidamente autorizados por el Director de esta Agencia.

En los sistemas de información de la Entidad—Affinion International—constan los datos de carácter personal de la afectada, asociado al número de cliente **D.D.D.**

“La Entidad colaboradora que ha contactado con el cliente para ofrecerle los productos de Affinion es Venca”.

A mayor abundamiento se aporta copia de la grabación por parte de la afectada de los servicios vinculados a la misma en dónde *“otorga su consentimiento a la cesión de sus datos”*.

A tal efecto, hemos de traer a colación, la SAN 29-04-2010 *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleo o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con quien suscribió el contrato de financiación”*.

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 propias 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).

Por consiguiente los datos de la afectada fueron tratados en virtud del consentimiento otorgado por la misma—aportando grabación como medio de prueba en Derecho—; sin que conste el desistimiento de la misma en legal forma; motivo por el que no se aprecia vulneración alguna en materia de LOPD.

En base a lo expuesto se ordena el **ARCHIVO** del presente procedimiento.

En el marco de la **LOPD** la afectada puede ejercitar **derecho de cancelación** de sus datos de carácter personal frente a la Entidad responsable del fichero mediante un medio que permita acreditar el envío y la recepción (vgr. Acuse de recibo emitido por el Servicio Oficial de Correos); procediendo a denunciar ante la AEPD la falta de respuesta en el plazo marcado legalmente o en caso de no estar de acuerdo con la respuesta otorgada.

Cuestión distinta es que la denunciante considere que se han vulnerado sus derechos como **consumidora** mediante *“una práctica comercial desleal o la existencia de cláusulas oscuras/abusivas en el contrato”* en cuyo caso de estimarlo procedente podrá ejercitar acciones frente a los órganos administrativos (vgr. Dirección General de Consumo de su CCAA) o judiciales con competencia en la materia, sin que esta AEPD tenga competencia material al respecto.

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 Doña **B.B.B.**

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