

N/REF: 0028/2025

La consulta plantea la adecuación a la normativa de protección de datos de carácter personal de las condiciones generales de contratación del “**Servicio eSimFLAG**” que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TME) tiene previsto comercializar. Aporta a tal efecto una copia del condicionado general cuya cláusula 19, “*Protección de datos de carácter personal*”, ofrece la “*información básica*” sobre el tratamiento de datos personales y remite, para conocer el “*contenido íntegro*” de su Política de Privacidad, al enlace [www.esimflag.com](http://www.esimflag.com).

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 en materia de protección de datos.

Estas normas regulan los principios que presiden el tratamiento, las obligaciones del responsable y encargado y los derechos de los interesados a los que debe ajustarse cualquier modalidad de tratamiento de datos de carácter personal por cualquier persona, pública o privada, en el ejercicio de su actividad.

El RGPD ha supuesto una profunda modificación de la normativa anterior en cuestiones como el derecho de información y el principio de transparencia.

En tal sentido el artículo 12 RGPD, “*Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado*”, impone al responsable en su apartado 1 la obligación de adoptar las medidas que sean oportunas a fin de que la información relativa al tratamiento se facilite al interesado “*en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso*” y con un “*lenguaje claro y sencillo*”.

El artículo 13 RGPD, “*Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado*”, dispone:

“1. Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación:

a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;

- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- c) los finés del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;
- d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
- f) 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.

2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- b) 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;
- c) 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;
- d) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
- e) 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;
- f) la existencia de decisiones automatizadas, 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.

3. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.

4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no serán aplicables cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información.”

A su vez, la LOPDGDD, en el artículo 11, “Transparencia e información al afectado”, contempla la posibilidad de que la información se ofrezca al interesado por capas, distinguiendo entre la “información básica” -que constituye la primera capa

informativa- y aquella que se proporciona a través de la remisión a una dirección electrónica o a otro medio que permita acceder a ella “*de forma inmediata y sencilla*”, que integraría la segunda capa informativa.

El artículo 11 LOPDGDD concreta cuál es el contenido de la información básica que debe facilitarse en el caso de que los datos personales se obtengan directamente del afectado (apartado 2) y cuando el responsable no los obtenga del interesado (apartado 4). En su apartado 2 el artículo 11 dispone:

*“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

El documento que TME ha remitido a la AEPD como Anexo 1, “*Condiciones Generales del Servicio eSimFLAG*”, dedica la cláusula 19, “*Protección de Datos de Carácter Personal*”, a la materia objeto de análisis.

Esta cláusula articula la información mediante un sistema de capas, de tal manera que dicha cláusula contiene únicamente la “*información básica*” sobre el tratamiento y remite a un sitio web (<https://www.esimflag.com>) para que el usuario consulte el contenido íntegro de la política de privacidad.

En fecha 02/06/2025 se obtiene desde <https://www.esimflag.com/es/politica-privacidad> el documento “*Política de privacidad*” que se incorpora como anexo a este informe.

En consecuencia, toda vez que la *información básica* que consta en la cláusula 19 -“*Protección de Datos de Carácter Personal*”- del condicionado general (primera capa informativa) se complementa con el documento “*Política de privacidad*” accesible a través de internet (segunda capa informativa), el análisis y valoración de la adecuación a la normativa aplicable de las condiciones generales del servicio eSimFLAG debe abarcar el examen de todos los documentos mencionados, pues TME ha optado por proporcionar a través de ellos la información que preceptivamente debe ofrecer al interesado según el artículo 13 del RGPD.

En primer término, procede examinar si la primera capa informativa tiene el contenido mínimo exigido por el artículo 11.2 de la LOPDGDD.

Se observa en ese sentido que la cláusula 19 del condicionado general incluye la información básica que menciona el artículo 11.2 de la LOPDGD pues en ella se indica respecto a:

(i) La identidad del responsable del tratamiento:

*“las siguientes empresas del Grupo Telefónica son corresponsables del tratamiento de los datos personales del Cliente eSimFLAG en función de los productos y servicios que tenga contratados: Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante y conjuntamente denominadas, a los efectos establecidos en esta cláusula, como “eSimFLAG”)”*

(ii) La finalidad del tratamiento.

*“En eSimFLAG trataremos los datos del cliente para la prestación del Servicio, así como para otras finalidades que, como cliente eSimFLAG, nos permita o autorice en los términos recogidos en la Política de Privacidad, en la que además se recoge toda la información necesaria para que el cliente pueda decidir sobre otros tratamientos que requieran su consentimiento.”*

(iii) La existencia de los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición y portabilidad:

*“eSimFLAG [...]le informa de la posibilidad de ejercitar, conforme a dicha normativa, los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición y portabilidad, dirigiendo un escrito a [te\\_datos@telefonica.com](mailto:te_datos@telefonica.com), REF: eSimFlag.”*

(iv) La elaboración de perfiles:

*“basándonos en nuestro interés legítimo, teniendo en cuenta tus expectativas razonables y salvo que te opongas, tratamos tus datos para crear un perfil comercial y hacerte recomendaciones personalizadas a través de nuestros canales o del envío de campañas comerciales, para lo cual te haremos recomendaciones de eSimFLAG basándonos en los datos que nos has proporcionado, los datos de consumo y facturación de nuestros Productos y Servicios, los datos generados al usar Apps y Webs eSimFLAG (incluyendo “cookies” si las has aceptado) así como los datos calculados para hacerte un perfil básico y ofrecerte, por cualquier Medio, recomendaciones de eSimFLAG a tu medida.”*

No obstante, deben hacerse algunas consideraciones en relación con la información ofrecida en esta primera capa:

(i) En la cláusula 19 del condicionado general se informa de un tratamiento de datos que consiste en elaborar un perfil del cliente con una finalidad de mercadotecnia directa (“*tratamos tus datos para crear un perfil comercial y hacerte recomendaciones personalizadas*”).

Se informa en tal cláusula que la base jurídica de tal tratamiento es el interés legítimo (artículo 6.1.f, RGPD); se indica que el cliente puede oponerse al tratamiento (ex artículo 21.2 RGPD) y se añade que los datos que se utilizarán para elaborar el perfil comercial serán, entre otros, “los datos de consumo y facturación de nuestros Productos y Servicios”.

La referencia al tratamiento de “datos de consumo y facturación de nuestros Productos y Servicios” implica que está previsto tratar para la finalidad indicada no solo los datos de consumo y facturación del servicio eSimFLAG sino también los datos de esa naturaleza de cualquier producto o servicio que el cliente tenga contratado con TME.

El principio de transparencia obliga a introducir en la redacción de esta previsión contractual las **correcciones y/o aclaraciones que den coherencia a la información ofrecida**. De modo que la referencia deberá ceñirse a los datos de consumo y facturación obtenidos de la prestación del servicio sobre el que versa el condicionado general o, en caso contrario, deberá ofrecerse una información exacta y completa.

El servicio eSimFLAG **no** es un **“servicio de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración”** de acuerdo con la definición recogida en el apartado 72 del Anexo 2, Definiciones, de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, (LGTel.). Por ello, en relación con los datos de consumo y facturación derivados de la prestación de ese servicio no opera la obligación de contar con el consentimiento del cliente para su tratamiento con una finalidad comercial.

Sin embargo, si para la elaboración del perfil comercial se utilizaran los datos de consumo y facturación derivados de algún otro producto o servicio de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración que el cliente tenga contratado con TME, el operador deberá obtener previamente su consentimiento y no resultará aplicable el derecho de oposición al que se hace referencia en la información ofrecida.

A ese respecto, se recuerda que el artículo 66.2 de la LGTel., cuya aplicación prevalece por su carácter de norma especial, dispone:

“2. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con los **datos de tráfico** y los datos de localización distintos de los datos de tráfico, los **usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración** tendrán los siguientes **derechos**:

a) [...]

b) a que sus **datos de tráfico** sean utilizados para **promoción comercial** de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios de valor añadido, en la medida y durante el tiempo necesarios para tales servicios o promoción comercial **únicamente** cuando hubieran prestado su **consentimiento** para ello. Los usuarios finales dispondrán del derecho de retirar su consentimiento para el tratamiento de los datos de tráfico en cualquier momento y con efecto inmediato”.

(ii) El principio de transparencia y la claridad del lenguaje a la que viene obligado el responsable del tratamiento por el artículo 12 RGPD hace necesario introducir algunas **correcciones** en la cláusula 19 del documento del condicionado general:

-La aplicación efectiva del principio de transparencia exige que se incluya una **relación completa** de los **finés** del tratamiento, distintos de la prestación del servicio eSimFLAG (que es el objeto del contrato), para los cuales TME **tiene previsto tratar los datos personales del cliente** a tenor de lo establecido en la política de privacidad, suprimiendo la expresión genérica “*para otras finalidades que, como cliente eSimFLAG, nos permita o autorice en los términos recogidos en la Política de Privacidad*”.

-La claridad que debe caracterizar el lenguaje utilizado al proporcionar la información obliga, a fin de evitar equívocos innecesarios, a **sustituir la expresión** “*que, como cliente [...] permita o autorice*” por otra en la que se indique que el cliente preste su consentimiento expreso a otros tratamientos (ex artículo 6.1.a, RGPD).

### III

El servicio eSimFLAG que TME pretende comercializar (cláusula 2 del condicionado general, “*Descripción del Servicio*”) consiste en proporcionar una tarjeta SIM digital que se puede descargar y activar en el teléfono sin necesidad de una tarjeta SIM física, conectándose automáticamente en el destino o destinos elegidos sin cambiar el terminal o la eSIM. La cláusula añade que se pueden contratar bonos de días con datos ilimitados para el destino o destinos elegidos; que los bonos proporcionan datos únicamente “*en el destino elegido, no pudiendo conectarse a redes de otros países*”; que la eSimFLAG no permite realizar tráfico de voz ni mensajería y que todas las eSimFLAG se prestan bajo la modalidad de prepago.

Antes de examinar la adecuación a la normativa de protección de datos de la información que ofrece el condicionado general y la política de privacidad del *servicio eSimFLAG*, nos referimos a la aplicación del RGPD a los tratamientos de datos que se efectúen en el marco de dicho contrato.

Habida cuenta de que el servicio que se desea comercializar está destinado a activarse en un tercer país distinto de aquel en el que reside el usuario y de que la política de privacidad informa que tal servicio puede prestarse en más de 200 países, conviene indicar que, en todo caso, incluso aunque se preste en países no pertenecientes al espacio económico europeo (EEE), el tratamiento de datos personales queda sujeto al RGPD en virtud de su artículo 3.1. a tenor del cual “*El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.*”

1.En relación con la primera de las cuestiones sobre las que se debe informar al interesado a tenor del artículo 13.1 del RGPD, la **identidad del responsable**, cabe traer a colación lo indicado en el considerando 79 del RGPD:



*“La protección de los derechos y libertades de los interesados, así como la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento, también en lo que respecta a la supervisión por parte de las autoridades de control y a las medidas adoptadas por ellas, requieren una atribución clara de las responsabilidades en virtud del presente Reglamento, incluidos los casos en los que un responsable determine los fines y medios del tratamiento de forma conjunta con otros responsables, o en los que el tratamiento se lleve a cabo por cuenta de un responsable.” (El subrayado es nuestro)*

Se recoge así en dicho considerando la necesidad de establecer claramente el mapa de intervinientes en todo tratamiento de datos con el objeto de determinar con acierto la atribución de responsabilidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la documentación examinada se observa que:

-En la primera capa informativa, condiciones generales, se dispone, por una parte -cláusula 1 - que dicho condicionado “*regula las relaciones entre el cliente y*” TME.

Por otra, la cláusula 19 del condicionado general dispone que Telefónica de España, S.A.U., (en adelante TDE) y TME “son corresponsables del tratamiento de los datos personales del Cliente eSimFLAG en función de los productos y servicios que tenga contratados”. (El énfasis en negrita y el subrayado es nuestro).

-La segunda capa informativa (política de privacidad) hace idéntica declaración de corresponsabilidad de TME y TDE. Así, en el punto 3, “¿*Quiénes tratamos tus datos?*”, dice sobre tal cuestión:

*“**En función de los Productos y Servicios que tengas contratados**, somos corresponsables del tratamiento de tus datos las siguientes empresas del Grupo Telefónica:*

*1. Telefónica de España S.A.U. con CIF A82018474 y domicilio social en [...]*

*2. Telefónica Móviles España S.A.U. con CIF A78923125 y domicilio social [...].*

*Además, en eSimFLAG contamos con un Delegado de Protección de Datos (DPO) encargado de garantizar la protección de tus datos personales. Si necesitas contactar con nuestro DPO, puedes hacerlo escribiendo a DPO\_movistar@telefonica.com.”*

(El énfasis en negrita y el subrayado es nuestro)

También en la segunda capa informativa, política de privacidad, el último epígrafe, denominado “*Información adicional*” (precedido de los epígrafes 1 a 9 a los que complementa), dedica su apartado 3 a la “*Corresponsabilidad*”:

*“Las mencionadas empresas somos corresponsables del tratamiento de los Datos de los Clientes o Usuarios de los Productos y Servicios Movistar, aunque cada empresa asuma de forma independiente responsabilidades de otra naturaleza.*

*Por otro lado, aunque asumimos solidariamente la responsabilidad según establece la normativa aplicable, hemos repartido internamente las funciones individuales derivadas de la corresponsabilidad de la siguiente manera:*

*1. Específicamente, las comunicaciones a organismos oficiales o a la Agencia de Protección de Datos que hayan de ser realizadas por en nombre de las sociedades como consecuencia de la corresponsabilidad establecida, serán realizadas preferentemente por Telefónica Móviles de España S.A.U., aunque no impide que Telefónica de España S.A.U. realice las comunicaciones que se consideren oportunas.*

*2. Gestionamos de forma unificada el cumplimiento del principio de transparencia a través de los distintos avisos informativos de privacidad, clausulado de privacidad de las condiciones de nuestros Productos y Servicios, así como distintas Políticas de privacidad aplicables según el del tipo de cliente.*

*3. Gestionamos de forma unificada las solicitudes de ejercicios de derechos a través de los medios indicados en las Políticas de Privacidad de Movistar así como en el apartado 'Ejercicio de derechos' de las Políticas de Privacidad.*

*4. Cada entidad tratará los Datos necesarios para la prestación y mantenimiento de los servicios contratados por el Cliente. Además, algunos datos se gestionarán de forma conjunta para finalidades permitidas, por ejemplo, atender al cliente, automatizar gestiones para fines permitidos, mejorar la atención técnica y comercial, verificar la satisfacción del cliente, detectar e impedir fraudes y usos abusivos de servicios y analizar o predecir a nivel básico preferencias e intereses para poder ofrecer recomendaciones personalizadas a los clientes.*

*Aunque en las Condiciones generales o particulares de cada Producto o Servicio se indica quien es el prestador de los servicios contratados, en términos genéricos:*

*1. Telefónica de España S.A.U. presta servicios de comunicaciones fijas (telefonía, internet fijo y servicios relacionados como pueden ser conexión segura o el alquiler del equipamiento de conectividad), de televisión, de telemedicina y servicios relacionados.*

*2. Telefónica Móviles España S.A.U. presta servicios de comunicaciones móviles (telefonía, internet móvil, roaming, y los servicios asociados a eSimFLAG (servicio de datos).*

*Puedes consultar más detalles, en las condiciones de los Productos y Servicios que tengas contratados disponibles en [www.esimflag.com](http://www.esimflag.com) y en la sección de Términos y Condiciones del Centro de Transparencia.*

De este apartado 3 "Corresponsabilidad" (epígrafe "Información adicional" de la política de privacidad, segunda capa informativa), resulta que:

- (i) Se reitera la declaración de corresponsabilidad de TME y TDE.



- (ii) En ese punto, la declaración de corresponsabilidad no comprende sólo el servicio eSimFLAG, sino que se extiende al “tratamiento de los Datos de los Clientes o Usuarios de los Productos y Servicios Movistar”.
- (iii) El reparto interno de “funciones individuales derivadas de la corresponsabilidad” que en él se hace es el siguiente:

-Cada entidad por separado asume el tratamiento de datos para la prestación y el mantenimiento de los servicios contratados.

-Gestionan “conjuntamente” el tratamiento de datos “para finalidades permitidas”: por ejemplo (i) atender al cliente, (ii) automatizar gestiones para fines permitidos, (iii) mejorar la atención técnica y comercial, (iv) verificar la satisfacción del cliente, (v) detectar e impedir fraudes y usos abusivos de servicios, (v) analizar o predecir a nivel básico preferencias e intereses para poder ofrecer recomendaciones personalizadas a los clientes.

-Gestionan “de forma unificada” (i) las solicitudes de ejercicio de derechos; (ii) el cumplimiento del principio de transparencia.

-Corresponden “preferentemente” a TME las comunicaciones a organismos administrativos, incluida la AEPD, aunque nada impide que TDE haga las comunicaciones oportunas.

2. Es preciso acudir, por tanto, a la regulación de la figura del corresponsable del tratamiento.

El artículo 26 del RGPD establece:

*“1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.*

*2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.*

*3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables.” (El subrayado es nuestro)*

Paralelamente, el artículo 29 de la LOPDGDD, bajo la rúbrica “*Supuestos de corresponsabilidad en el tratamiento*”, establece:

*“La determinación de las responsabilidades a las que se refiere el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/679 se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento.”*

El artículo 4.7 del RGPD define la figura del responsable del tratamiento como *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; [...]”*.

Las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) *“sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado del tratamiento en el RGPD”*, versión 2.0, adoptadas el 07/07/2021, contribuyen a aclarar el supuesto de hecho aquí planteado. Dicen en sus epígrafes 35 y 38:

*“35. La determinación de los fines y los medios equivale a decidir, respectivamente, el porqué y el cómo del tratamiento: en una operación de tratamiento concreta, el responsable del tratamiento es la parte que determina por qué tiene lugar el tratamiento (esto es, «con qué fin» o «para qué») y cómo se alcanzará este objetivo (es decir, qué medios se emplearán para lograrlo). Una persona física o jurídica que influye de este modo en el tratamiento de datos personales participa, por tanto, en la determinación de los fines y los medios de dicho tratamiento de conformidad con la definición prevista en el artículo 4, punto 7, del RGPD.”*

*“38. Cuando un ente determina claramente los fines y los medios, confiando a otro unas actividades de tratamiento que equivalen a la ejecución de sus instrucciones detalladas, la situación no ofrece dudas: el segundo ente debe considerarse encargado del tratamiento y el primero, responsable.”*

Insisten las Directrices 07/2020 en que los conceptos de «responsable del tratamiento», «corresponsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» son funcionales, puesto que se utilizan para asignar responsabilidades en virtud de la función que desempeña cada una de las partes, y autónomos, en el sentido de que, en términos generales, deben interpretarse con arreglo al Derecho de la UE en materia de protección de datos.

Indican las Directrices precitadas que para evaluar la existencia de corresponsabilidad del tratamiento es necesario examinar *“si la determinación de los fines y los medios que caracteriza la responsabilidad del tratamiento puede atribuirse a más de una parte.”* Y subrayan (epígrafe 52) que la evaluación de la corresponsabilidad debe basarse en un análisis fáctico, y no en un análisis formal, de la influencia real sobre los fines y los medios del tratamiento.

Criterio que ratifica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (STJUE) de 29/07/2019, asunto Fashion ID, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, que dice con gran claridad (epígrafe 74) que, *“para poder ser considerada corresponsable del tratamiento, una persona física o jurídica debe responder de manera independiente a la definición de «responsable del tratamiento» que figura en el artículo 4, punto 7, del RGPD.”*

El artículo 26.1 y 2 del RGPD impone a los corresponsables del tratamiento una doble obligación: (i) la de fijar de mutuo acuerdo la responsabilidad que cada uno de ellos asume en el cumplimiento de las obligaciones que conforme al RGPD incumben a un responsable del tratamiento y (ii) la de facilitar al interesado (“*poner a disposición del interesado*”) “*los aspectos esenciales del acuerdo*”.

3. En consideración a las reflexiones precedentes, habida cuenta de que el condicionado general sometido a informe versa sobre la contratación del servicio eSimFLAG, la corresponsabilidad de TME y TDE existirá únicamente en la medida en que ambas personas jurídicas, por separado, puedan ser consideradas responsables de ese tratamiento.

TME, en el condicionado general remitido, identifica el objeto del contrato diciendo que consiste en la prestación del servicio eSimFLAG, (cláusula 1.1. del condicionado aportado). El tratamiento de datos que se efectúa con ocasión de la prestación de otros servicios o productos que el cliente pueda tener contratados o que eventualmente contrate en el futuro con las empresas del grupo Telefónica no puede ser valorado a fin de identificar quién es responsable del tratamiento que se realiza en el marco del contrato sobre cuyas condiciones generales se solicita informe a esta Agencia.

La corresponsabilidad no es una declaración formal. La única circunstancia con virtualidad para determinar que TDE y TME son corresponsables del tratamiento de datos examinado es la influencia real y efectiva de cada una de ellas en la determinación de los fines y los medios del tratamiento que se realiza para la celebración y ejecución del contrato del servicio eSimFLAG.

La figura del corresponsable no puede confundirse con la del encargado de tratamiento, ni puede convertirse en una mera declaración formal utilizada como expediente para conseguir otros objetivos.

Sobre tales premisas, resulta que la **leyenda** que aparece en el condicionado general (cláusula 19) y en la política de privacidad (epígrafe 3) conforme a la cual TDE y TME son corresponsables del tratamiento de los datos del interesado “**En función de los Productos y Servicios que tengas contratados**”, es incoherente y por tanto ininteligible, debiendo proceder a su supresión, con la consiguiente posterior determinación de quién deba ser considerado responsable del tratamiento en cada caso.

Por lo que concierne al **acuerdo entre los corresponsables**, en la política de privacidad (epígrafe “*Información adicional*”, apartado 3 ) se establece que cada entidad por separado asume el tratamiento de datos para la prestación y el mantenimiento de los servicios contratados, lo que implica que TME de forma exclusiva asume el tratamiento de los datos necesarios para la prestación del servicio eSimFLAG.

Por otra parte, se ha previsto en la política de privacidad una *gestión “unificada”* (de TME y TDE) de las solicitudes de ejercicio de derechos y del cumplimiento del principio de transparencia y una “*gestión conjunta*” sobre materias diversas: atender al cliente, automatizar gestiones para fines permitidos, mejorar la atención técnica y comercial, verificar la satisfacción del cliente, analizar o predecir a nivel básico

preferencias e intereses para poder ofrecer recomendaciones personalizadas a los clientes entre otras.

En conclusión, en cumplimiento del artículo 26 del RGPD y del principio de transparencia, deberían introducirse estos cambios en el condicionado general y en la política de privacidad:

(i) **Suprimir** la leyenda según la cual TDE y TME son corresponsables **“En función de los Productos y Servicios que tengas contratados”** por ser incoherente y por ende, ininteligible.

(ii) Clarificar si TDE y TME, **cada una** de ellas de **manera independiente**, y al margen de otros contratos que vinculen al cliente con esas u otras empresas del mismo Grupo, tienen, de manera efectiva y no puramente formal, la condición de corresponsables del tratamiento necesario para celebrar y ejecutar el contrato del servicio eSimFLAG.

(iii) En caso de que se confirme la corresponsabilidad de las entidades TME y TDE en la prestación del servicio eSimFLAG, **se deberá facilitar al titular de los datos, a través del documento de política de privacidad u otro medio que garantice la inmediatez y plena disponibilidad, la información relativa a los aspectos esenciales del acuerdo de corresponsabilidad en lo que concierne a ese servicio específicamente.**

En este sentido, no puede considerarse que el contenido del apartado 3 del epígrafe “*Información adicional*”, de la política de privacidad, informe a los interesados de los aspectos esenciales del acuerdo de corresponsabilidad.

#### IV

En relación con el deber de informar sobre los **finés del tratamiento** a que se destinarán los datos y la **base jurídica del tratamiento** (artículo 13.1.c, RGPD), por lo que concierne a la primera capa informativa se prevé (conforme a la cláusula 19 del condicionado general y, teniendo en cuenta también, la cláusula 2.2, “*Requisitos de contratación*” y la cláusula 5, “*Precios, facturación y pago*”, del condicionado general) el tratamiento de los siguientes datos personales del cliente:

email, contraseña y número de teléfono móvil (cláusula 2.2.); nombre y apellidos, dirección de facturación y documento de identidad (cláusula 5, Precios, facturación y pago); datos obtenidos con motivo de la prestación del servicio (cláusula 19); datos obtenidos a través de los canales de atención y comercialización (cláusula 19) y los “*datos de consumo y facturación, incluyendo en todo caso los datos generados o estimados por eSimFLAG cuyo tratamiento es necesario para todas las finalidades indicadas en la Política de privacidad en ejecución del contrato, para la prestación del Servicio*” (cláusula 19).

Los fines del tratamiento a los que se hace mención en la primera capa informativa son la “*ejecución del contrato*” y “*otras finalidades*” que no se concretan.

En la segunda capa informativa los epígrafes 4 y 5, respectivamente, llevan por rúbrica **“Qué datos tratamos”** y **“Para qué tratamos tus datos”**.

El examen del contenido de ambos epígrafes pone de manifiesto que la información que ofrecen no cumple el principio de transparencia, que implica que tal información sea inteligible, concisa y se facilite con un lenguaje claro y sencillo. Más al contrario, la información resulta difícil de entender a un lector medio, se utilizan expresiones inconcretas que dificultan identificar qué acciones se pretenden realizar y con qué finalidad específica.

1.El epígrafe **“4. Qué datos tratamos”** del documento de política de privacidad -segunda capa informativa- se estructura en estas “categorías”:

**“4.1. Datos que nos proporcionas como Cliente o Usuario eSimFLAG”.**

Dice el punto 4.1.: “Son datos que recogemos para gestionar tu contrato o que nos facilitas voluntariamente en estas situaciones”.

Y en ese punto 4.1 se incluyen desde datos de contacto (número de móvil, email y contraseña) y los necesarios para proceder al cobro (datos de pago y/o tarjeta bancaria) hasta “Los datos compartidos a través de los perfiles que hayas creado en Webs y Apps eSimFLAG”, la “información necesaria (foto del DNI o foto selfi o tu voz) para generar un patrón biométrico para autenticarte biométricamente” o la información que el cliente “consulta o gestiona” a través de las web y App eSimFLAG”.

**“4.2. Datos que generas como Cliente o Usuario de eSimFLAG”.**

Dice el punto 4.2: “Son datos que generas en el uso de nuestros Servicios, Equipamientos y/o Webs y Apps”.

Y en este punto 4.2. se incluyen:

“a. Datos de consumo y facturación de nuestros servicios”.

“b. Datos de localización”, como son los relativos a la posición geográfica de la línea móvil del usuario.

“c. Datos generados al usar la App y la Web eSimFLAG”, sobre los que dice el documento de política de privacidad que se “generan en función de la Web o App que utilices y de la aceptación de cookies y permisos de uso que hayas concedido”.

En esa letra c. se mencionan no solo los identificadores técnicos del dispositivo desde el que se accede ( IP, idioma, versión), sino, además, “información sobre cómo te relacionas e interactúas con los distintos elementos de la Web o App (como los clics en elementos desplegados, formularios de consulta y contratación)”

Incluye también el tratamiento de datos generados al usar “algunas funcionalidades de las aplicaciones (como [...]) o el almacenamiento de tu dispositivo”.

**“4.3. Datos de usuarios menores de edad”**. La política de privacidad prohíbe expresamente que menores de 14 años faciliten datos personales sin el consentimiento previo de padres, tutores o representantes legales, y advierte que si el cliente permite que el menor haga uso de los servicios contratados es responsable de autorizar y decidir el tratamiento conforme a la política de privacidad.

2.La normativa de protección de datos establece taxativamente los diferentes motivos que pueden servir de fundamento de licitud a un tratamiento de datos.

De acuerdo con el artículo 6 del RGPD, “*Licitud del tratamiento*”: “1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; (la negrita es nuestra)

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

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.”

(El subrayado es nuestro)

Procede examinar cuál es el fundamento de licitud del tratamiento de los datos personales de los interesados en atención a las distintas finalidades del tratamiento que se identifican en la política de privacidad y en el condicionado general.

El epígrafe 5 del documento política de privacidad lleva por título “5. Para qué tratamos tus datos” y se estructura en estos subapartados: 5.1. Prestarte el mejor Servicio”; “5.2. Conocer mejor y hacerte recomendaciones”; “5.3. Colaboración con terceros”; “5.4. Finalidades relacionadas con el cumplimiento normativo”; “5.5. Finalidades adicionales”.

El subepígrafe 5.1., “Prestarte el mejor servicio” indica que se tratan los datos “para ejecutar correctamente el contrato que has firmado con nosotros” y añade: “por ejemplo, verificar tu identidad, formalizar la contratación, gestionar la relación contractual, atenderte, activar servicios, emitir facturas, etc.”.

**2.1.** El tratamiento de los datos “necesarios” para ejecutar correctamente el contrato se funda en el artículo **6.1.b)** RGPD: “el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”.



A fin de determinar qué tratamientos están amparados en la base jurídica del artículo 6.1.b) RGPD cabe recordar que el término *necesidad* es un “concepto autónomo del Derecho Comunitario” (STJUE de 16/12/2008, asunto C-524/2006, apartado 52) y debe ser interpretado restrictivamente.

Además, en relación, específicamente, con la base jurídica del artículo 6.1.b) del RGPD, la STJUE de 09/01/2025, asunto C-394/23 (epígrafes 33 y siguientes) afirma que el tratamiento **necesario** es aquel que sea “**objetivamente indispensable para conseguir un fin que forme parte integrante de la prestación contractual destinada al interesado**” y que “el responsable de este tratamiento debe poder demostrar por qué no podría alcanzarse el objeto principal del contrato sin el tratamiento en cuestión”

La citada STJUE precisa que, el hecho de que en un contrato se mencione un tratamiento que simplemente sea útil para su ejecución, “carece, en sí mismo, de pertinencia a este respecto. En efecto, el elemento determinante a efectos de la aplicación de la justificación prevista en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra b), del RGPD es que el tratamiento de datos personales efectuado por el responsable del tratamiento sea esencial para permitir la correcta ejecución del contrato celebrado entre este y el interesado y, por lo tanto, que no existan soluciones viables y menos intrusivas” (34).

Aclara la STJUE que la base jurídica del artículo 6.1.b) RGPD debe evaluarse por separado para cada uno de los “servicios” o “elementos separados de un servicio” ejecutables de forma independiente, que consten recogidos en un mismo contrato:

*“35 En este contexto, cuando el contrato conste de varios servicios o de varios elementos separados de un servicio que pueden ejecutarse de manera independiente entre sí, la aplicabilidad del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra b), del RGPD debe evaluarse en el contexto de cada uno de esos servicios por separado [sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms y otros (Condiciones generales del servicio de una red social), C 252/21, EU:C:2023:537, apartado 100].”*

En consecuencia, el artículo **6.1.b)** del RGPD será la base jurídica del tratamiento de los datos del cliente que seguidamente se relacionan siempre que por su finalidad el tratamiento sea “objetivamente indispensable” para dar cumplimiento a la prestación del servicio eSimFLAG (servicio descrito en la cláusula 2.1. del condicionado general y que constituye su objeto):

-email, contraseña y número de teléfono móvil (cláusula 2.2. Requisitos de contratación);

-nombre, apellidos, dirección de facturación y documento de identidad (cláusula 5, Precios, facturación y pago).

-los “datos de consumo y facturación”. Insistimos, en la medida en que sean objetivamente indispensables para cumplir la prestación del servicio eSimFLAG.

-los “Datos de localización: Relativos a la posición geográfica de la línea móvil del Usuario. En concreto, el identificador de la antena a la que está asociada la comunicación y su posición geográfica, el cambio de antena y/o encendido y apagado del dispositivo para poder darte la cobertura necesaria, así como, la fecha y hora de la información anterior.” (Epígrafe 4.2.b, de la política de privacidad). Insistimos, en la

medida en que sea objetivamente indispensable para cumplir la prestación del servicio eSimFLAG.

- Los que (punto 4.1.c, de la política de privacidad) *“proporcionas al comunicarte con nosotros a través de los Canales de Atención”, por ejemplo, “los identificadores o el contenido de las reclamaciones, incidencias y consultas realizadas incluyendo [...]”.*

No obstante, **no se basan en este fundamento de licitud**, como se expone más adelante, los tratamientos que refiere el inciso final de este punto: *“[...]la información que consultes o gestiones a través de nuestras Webs y App eSimFLAG”,* que no es necesario para la ejecución del contrato por lo que su fundamento de licitud no puede ser el artículo 6.1.b) RGPD.

**2.2 .Aplicación de la base jurídica del artículo 6.1.a) RGPD:** *“el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”.*

El artículo 4.11 RGPD define el consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*

En el subepígrafe 5.2. *“Conocerte mejor y hacerte recomendaciones”* se menciona el consentimiento como base jurídica de los tratamientos para las siguientes finalidades específicas:

*“a. Tratamiento de datos para publicidad de Colaboradores: Podremos enviarte comunicaciones comerciales personalizadas, incluido por medios electrónicos, de productos y servicios de nuestros Colaboradores que puedan serte útiles cuando viajes a otros países.”*

El supuesto no se refiere a comunicaciones comerciales de productos o servicios de TME, sino de terceras empresas sobre las que el cliente no tiene ninguna expectativa razonable de recibirlos por lo que, correctamente, se informa en la política de privacidad de la necesidad de recabar el consentimiento del cliente.

Cabe añadir que, tratándose de comunicaciones comerciales por medios electrónicos 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.

*“b. Uso de biometría para verificar tu identidad: Tu seguridad digital es nuestra prioridad. Por eso, para que tu identidad digital esté más protegida, si nos das tu consentimiento, usaremos el patrón biométrico facilitado por la Verificación Avanzada para autenticarte de forma rápida y segura.  
Por ejemplo, si alguien se intenta hacer pasar por ti para llevar a cabo una acción fraudulenta en tu nombre, podemos impedirlo utilizando tu patrón biométrico. Tu identidad estará más y mejor protegida”*

El tratamiento de los datos biométricos con fines de autenticación que la política de privacidad prevé que puedan ser objeto de tratamiento sobre la base jurídica del consentimiento del interesado es objeto de un análisis particular. Basta indicar que, como se expone más adelante, **deberá suprimirse la referencia al tratamiento de esos datos** de carácter especialmente protegido contenida en la política de privacidad.

Además, en el epígrafe 4 de la política de privacidad, “*Qué datos tratamos*”, se alude al tratamiento de los siguientes datos que requerirá contar con el consentimiento del interesado (artículo 6.1.a).:

(i) “*Los datos compartidos a través de los perfiles que hayas creado en Webs y Apps eSimFLAG, por ejemplo, las credenciales de acceso a tu área privada*”, (punto 4.1.a) 4 de la política de privacidad);

(ii) “*[...]la información que consultes o gestiones a través de nuestras Webs y App*” (punto 4.1.c, inciso último, de la política de privacidad);

(iii) La *información sobre cómo te relacionas e interactúas con los distintos elementos de la Web o App (como los clics en elementos desplegados, formularios de consulta y contratación)* o el *el almacenamiento de tu dispositivo* (Punto 4.2.c)

No obstante, la política de privacidad se refiere al tratamiento de tales datos en el epígrafe 5.1.a, y 5.1.c. e informa de que el fundamento de licitud del tratamiento es el interés legítimo.

Los datos mencionados que según el epígrafe 5 de la política de privacidad se tratan para la finalidad de “Mejorar nuestros servicios”(a) y “Mejorar nuestros procesos” (c) suponen la elaboración de perfiles. En estos casos la base jurídica es el consentimiento debiendo informar a los interesados sobre la necesidad de consentir expresamente dichos tratamientos y de la posibilidad de revocar el consentimiento.

En consecuencia, **deberá suprimirse para los tratamientos mencionados en los apartados a y c del epígrafe 5.1. del documento de política de privacidad la referencia al interés legítimo como base jurídica de estos tratamientos.**

El consentimiento para ser válido deberá cumplir las condiciones de los artículo 4.11 y 7 RGPD: ser libre, específico, informado y manifestarse mediante una declaración de voluntad o una clara acción afirmativa. Además, deberá informarse al interesado en todos los supuestos de la posibilidad de revocar el consentimiento.

En cuanto a la posibilidad de que el consentimiento se otorgue únicamente en relación con alguno o algunos de los datos a los que se refiere la “*política de privacidad*”, **tal opción deberá establecerse por medio de un sistema claro, sencillo e inteligible**, que responda a las previsiones del artículo 7.2 del RGPD, precepto que dispone:

*“2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.”*

Por consiguiente, sólo a través del marcado expreso e independiente de todas o algunas de las opciones quedarán legitimadas las actuaciones de TME basadas en el consentimiento del cliente.

### **2.3. Identificación del cliente**

En los epígrafes precedentes se han mencionado las bases jurídicas del consentimiento (artículo 6.1.a, RGPD) y la celebración y ejecución del contrato eSimFLAG (artículo 6.1.b, RGPD).

No obstante, estas circunstancias legitimadoras del tratamiento despliegan sus efectos siempre y cuando quien preste el consentimiento o suscriba el contrato sea el titular de los datos con los que se identifica ante el operador.

En este punto es obligado traer a colación el principio de responsabilidad proactiva (artículo 5.2 RGPD), en virtud del cual el responsable del tratamiento *“será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»); principio que se proyecta sobre todos los principios que presiden el tratamiento de datos recogidos en el artículo 5.1 del RGPD, entre ellos el de licitud (artículo 5.1.a).*

El artículo 5.2 RGPD tiene su desarrollo en el artículo 24 RGPD que obliga al responsable del tratamiento a aplicar *“medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento”,* teniendo en cuenta para ello *“la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas”.*

Además, el artículo 25 del RGPD, *“Protección de datos desde el diseño y por defecto”,* impone al responsable del tratamiento la obligación de aplicar *“tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento”,* medidas técnicas y organizativas apropiadas concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.

De acuerdo con el condicionado general del servicio eSimFLAG que TME ha remitido -cláusula 2.2. *“Requisitos de contratación”-* se solicitan al usuario\_comprador, exclusivamente, “los datos de email, contraseña y número de teléfono móvil”.

En la cláusula 5 del condicionado general *–“Precios, facturación y pago”-*, se contempla el único supuesto en el que se recaban además otros datos -exactamente el nombre y apellidos y el documento de identidad- pero se refiere a quien “ya” es cliente del servicio eSimFLAG, para el caso de que solicite una *“factura completa”.* La referida cláusula 5 del condicionado, dice:

*“Solo en el caso de que el cliente en posventa solicite una factura completa, se le pedirá el resto de los datos necesarios que no se hayan obtenido*

previamente: -Nombre y apellidos -Dirección de facturación -Documento de identidad”.

En consecuencia, a tenor de las previsiones del condicionado general del contrato, la identificación de la persona que consiente la contratación del servicio eSimFLAG se efectúa única y exclusivamente a través del número de teléfono móvil. Dato personal que identifica al titular de la línea en cuestión. El titular de la línea móvil queda identificado como supuesto contratante del servicio eSimFLAG.

En esas circunstancias -toda vez que no consta en el documento del condicionado general ni en la política de privacidad que quien contrate el servicio eSimFLAG deba tener contratado el servicio de telefonía móvil con TME- no parece posible que TME pueda garantizar que quien contrata con ella el servicio que pretende comercializar sea el titular de la línea móvil.

Se reitera por ello que, en virtud del principio de responsabilidad proactiva, incumbe al responsable del tratamiento la carga de acreditar ante un determinado tratamiento que adoptó las medidas técnicas y organizativa adecuadas a fin de garantizar el cumplimiento del principio de licitud con ocasión de la contratación del referido servicio.

Y al margen de la cuestión concerniente a la proactividad del operador en el cumplimiento del principio de licitud cabría preguntarse también de qué forma podrá TME cumplir las obligaciones legales que le impone la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (en adelante, Ley 25/2007), en particular la obligación prevista en el artículo 3.1.a), 2º.

**2.4.** La base jurídica del artículo **6.1.f)** RGPD: la prevalencia del interés legítimo del interesado o de un tercero.

El epígrafe 5.2. de la política de privacidad, *“Conocerte mejor y hacerte recomendaciones”* indica que basándose en su interés legítimo y teniendo en cuenta las expectativas razonables del cliente y salvo que se oponga, *“tratamos tus Datos para crear un Perfil Comercial y hacerte recomendaciones personalizadas a través de nuestros canales o del envío de campañas comerciales, para lo cual te haremos recomendaciones de eSimFLAG basándonos en los Datos que nos has proporcionado, los Datos de consumo y facturación de nuestros Servicios, los Datos generados al usar Apps y Webs eSimFLAG (incluyendo “cookies” si las has aceptado) así como los Datos calculados para hacerte un Perfil Básico y ofrecerte, por cualquier Medio, recomendaciones de eSimFLAG a tu medida.”*

El artículo 21 del RGPD establece que el interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.



Ahora bien, la base jurídica prevista en el artículo 6.1 f) del RGPD opera como fundamento de licitud para las comunicaciones comerciales sobre productos o servicios similares a los que fueron objeto de contratación.

Tratándose de acciones de mercadotecnia a través de medios electrónicos, 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.

Y respecto a las acciones de mercadotecnia por otros canales de comunicación, la Agencia ha venido entendiendo que, por analogía, que *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* (Informe 195/2017).

**2.5.** La política de privacidad menciona como tratamientos fundados en el cumplimiento de una obligación legal (artículo 6.1.b, RGPD) los previstos en la Ley 25/2007; los que tienen por finalidad cumplir con las medidas establecidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas (RD 381/2015); el cumplimiento de obligaciones tributarias, judiciales y administrativas; el mantenimiento de la seguridad de las redes y comunicaciones electrónicas y las obligaciones de calidad del servicio establecidas en la legislación de telecomunicaciones.

En definitiva, además de las consideraciones realizadas al hilo de la exposición, de la conexión del punto 4 de la política de privacidad (Qué datos tratamos) y del punto 5 (Para qué tratamos tus datos) no se obtiene una información inteligible y transparente de su tratamiento.

Damos por terminado el análisis efectuado en este epígrafe IV, relativo a la información que ofrecen la primera y segunda capa informativa sobre los datos, las finalidades y las bases jurídicas de los tratamientos que el operador pretende realizar, reiterando las consideraciones que sobre tales cuestiones se han hecho al hilo de la exposición.

Debemos subrayar, además, que la información relativa al tratamiento que el operador lleva a cabo -ofrecida en los epígrafes de la política de privacidad 4 (Qué datos tratamos) y 5 (Para qué tratamos los datos)- no es inteligible ni clara. Sería aconsejable, por ello, que **la política de privacidad detalle con transparencia qué datos se tratan, con qué finalidad y cuál es la base jurídica del tratamiento para cada finalidad específica.**

V



1. Respecto a la adecuación a la normativa aplicable del tratamiento de **datos biométricos** previsto en el documento de política de privacidad, se incluyen en el documento estas cláusulas:

- Epígrafe 4, *Qué datos tratamos*, apartado 4.1, “*Datos que nos proporcionas como Cliente o Usuario de eSimFLAG*”:

*“b. En cualquier proceso de identificación de cliente o Verificación Avanzada: es posible que te solicitemos la información necesaria (como, tu foto del DNI y tu foto selfi o tu voz) para generar tu patrón biométrico que te permitirá autenticarte biométricamente en procesos futuros”.*

- Epígrafe 5, *Para qué tratamos tus datos*, apartado 5.2. “*Conocerte mejor y hacerte recomendaciones*”, dice:

*“En eSimFLAG queremos ofrecerte lo mejor y que estés siempre al día de lo que realmente te interesa. Por eso, basándonos en nuestro interés legítimo, teniendo en cuenta tus expectativas razonables y salvo que te opongas, tratamos tus Datos para crear un Perfil Comercial y hacerte recomendaciones personalizadas a través de nuestros canales o del envío de campañas comerciales, para lo cual te haremos recomendaciones [...]”*

*Si nos das tu consentimiento, podremos tratar tus datos para las finalidades específicas que te detallamos a continuación:*

*[...]*

*b. Uso de biometría para verificar tu identidad: Tu seguridad digital es nuestra prioridad. Por eso, para que tu identidad digital esté más protegida, si nos das tu consentimiento, usaremos el patrón biométrico facilitado por la Verificación Avanzada para autenticarte de forma rápida y segura.*

*Por ejemplo, si alguien se intenta hacer pasar por ti para llevar a cabo una acción fraudulenta en tu nombre, podemos impedirlo utilizando tu patrón biométrico. Tu identidad estará más y mejor protegida.”*

2. El RGPD define los datos biométricos (artículo 4.14) como “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”. Por tanto, según la definición son datos biométricos los que permiten la identificación y, también, los que permiten la autenticación de una persona.

Los datos biométricos que según la política de privacidad del servicio eSimFLAG (segunda capa informativa) se pretenden tratar para la autenticación del usuario son datos especialmente protegidos regulados en el artículo 9 del RGPD.

Este precepto, bajo la rúbrica “*Tratamiento de categorías especiales de datos personales*”, en su apartado 1, prohíbe con carácter general el tratamiento de determinados datos personales que por su carácter sensible implican un alto riesgo para los derechos y libertades de la persona física. Entre ellos menciona los “*datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física*”.

Las Directrices 05/2022 del CEPD sobre el uso de reconocimiento facial en el ámbito de las fuerzas de orden público (Versión 2.0, de 26/04/ 2023), han puesto fin a la controversia mantenida hasta entonces acerca de la naturaleza de los datos biométricos que permiten la autenticación de una persona; en particular a la negativa a considerarlos datos especialmente protegidos encuadrados en el régimen jurídico particular del artículo 9 del RGPD.

Las citadas Directrices 05/2022 afirman (apartado 12) que el concepto de dato biométrico abarca tanto la “autenticación” como la “identificación” pues, si bien son conceptos distintos, en ambos procedimientos se tratan datos dirigidos a identificar a una persona física, por lo que ambos son “tratamientos de datos”, y son, específicamente, “tratamientos de datos personales de categorías especiales”. En consecuencia, a ambos se extiende la prohibición general establecida en el art. 9.1 del RGPD.

La prohibición de tratar los datos de categoría especial prevista en el artículo 9.1. RGPD sólo puede levantarse si concurre alguna de las circunstancias descritas en el artículo 9.2. RGPD.

**En el documento de política de privacidad se invoca**, para levantar la prohibición general del tratamiento de los datos de esta naturaleza, **el consentimiento del interesado**. Entre las circunstancias que a tenor del artículo 9.2 del RGPD levantan la prohibición se incluye el consentimiento explícito: “a) *el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado*”.

No obstante, **esta Agencia viene entendiendo que el tratamiento de datos biométricos requiere justificaciones adicionales más allá del consentimiento**, pues **estamos ante un tratamiento de alto riesgo** conforme al artículo 35.1 RGPD.

Por tanto, el tratamiento que se prevé efectuar deberá respetar todos los principios generales recogidos en el artículo 5 del RGPD. Así pues, **para que opere alguna de las circunstancias que conforme al artículo 9.2 del RGPD levanta la prohibición general del tratamiento, éste debe ser conforme al RGPD por cumplir el resto de los principios que han de presidir todo tratamiento**.

Entre los principios que presiden el tratamiento el artículo 5.1.c, RGPD recoge el de minimización, conforme al cual los datos tratados serán “*adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (minimización de datos)*” El considerando 39 del RGPD explica muy claramente que unos datos que no son necesarios para cumplir con la finalidad del tratamiento no deben ser tratados: “[...]Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios [...]”

Puesto que los datos biométricos solo pueden utilizarse si son adecuados, pertinentes y no excesivos, deberá hacerse una estricta evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de los datos tratados y de si la finalidad prevista podría alcanzarse de manera menos intrusiva.

El análisis de la proporcionalidad de un sistema biométrico obliga a considerar, a su vez, si el sistema es necesario para responder a la necesidad identificada, es decir, si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable. Debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, la probabilidad de que el sistema sea eficaz para responder a la necesidad en cuestión, a la luz de las características específicas de la tecnología biométrica que se va a utilizar. Y, en tercer lugar, habrá que calibrar si la pérdida de intimidad que el uso de la biometría entraña es proporcional a los beneficios esperados.

En el **supuesto particular que aquí se plantea no está justificada la necesidad de un tratamiento como el previsto**, que entraña graves riesgos para los intereses, los derechos y libertades del interesado y representa una intromisión injustificada en la intimidad del individuo. La finalidad que pudiera conseguirse a través del tratamiento que se contempla, habida cuenta de que se efectúa en el marco de un contrato de prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, podría alcanzarse de manera menos intrusiva por otras vías.

Es más, la política de privacidad del servicio eSimFLAG ni siquiera ha llegado a concretar para qué es necesaria la autenticación biométrica, pues no informa de la finalidad del tratamiento en el que se utilizará ese tratamiento de datos especialmente protegidos habida cuenta de que la única información que proporciona es vaga e indeterminada ya que se limita a aludir a “procesos futuros”.

**El tratamiento previsto resulta igualmente desproporcionado** para la finalidad que podría perseguirse, sobre todo teniendo en cuenta que el tratamiento se efectuaría en el marco de un contrato de prestación de un servicio de telecomunicaciones. A mayor abundamiento, el operador no ha considerado necesario con ocasión de la contratación adoptar ninguna medida adecuada para la identificación de la persona que consiente la contratación, dando por bueno que se limite a proporcionar un número de móvil y una dirección electrónica. No puede obviarse el gran riesgo que entraña el tratamiento de datos biométricos, por lo que las ventajas (se desconoce cuáles) que el operador pueda obtener de la aplicación de estos tratamientos son claramente desproporcionadas en relación con la intromisión en la esfera privada y en los derechos personalísimos del individuo.

En consecuencia, el tratamiento de datos biométricos que se contempla en la política de privacidad **no supera el juicio de necesidad y proporcionalidad, por lo cual no procede plantear la aplicación de la circunstancia del consentimiento para levantar la prohibición general (artículo 9.2.a) que se invoca en la política de privacidad.**

Así pues, **deberá eliminarse la referencia al tratamiento de datos biométricos recogida en el documento de política de privacidad.**

## VI

En cuanto al deber que incumbe al responsable del tratamiento de informar sobre (i) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos objeto de tratamiento (artículo 13.1.e, RGPD) y (ii) sobre las transferencias internacionales de

datos que tenga previsto realizar (artículo 13.1. letras f ), el documento de política de privacidad (segunda capa informativa) aborda ambas cuestiones.

(i) El epígrafe 8 de la política de privacidad lleva por rúbrica *“Información que compartimos: destinatarios o categoría de destinatarios”* y se estructura en los siguientes apartados:

“a. *Comunicaciones necesarias para la prestación del servicio*”; “b. Comunicaciones a nuestros colaboradores”; “c. *Comunicaciones a sistemas de información crediticia y sistemas de prevención del fraude*”; “d. *Comunicaciones a entidades financieras y de pago*”; “e. *Comunicaciones para cumplir obligaciones legales*” y “f. *Comunicaciones derivadas de las colaboraciones con los terceros*”.

Llama la atención la información ofrecida en el apartado “b. *Comunicaciones a nuestros colaboradores*” que dice:

“Dado que has podido aceptar que eSimFLAG te remita comunicaciones comerciales de empresas con las que colaboramos y, si se muestran, se podrán producir comunicaciones de Datos dentro de este grupo para fines administrativos internos. Por ejemplo, para obtener estadísticas o resultados agregados, o para gestionar de forma centralizada recursos informáticos (aplicaciones, servidores, sistemas, etc).”

*Puedes consultar el listado de empresas en la sección Información adicional de este documento. En ningún caso estas empresas tendrán acceso permanente a tus Datos, solo accederán a ellos en los casos específicos permitidos.”*  
(El subrayado es nuestro)

Se prevé en este apartado la posibilidad de que el responsable del tratamiento comunique a terceras empresas con las que colabora datos del cliente “*para fines administrativos internos*” y pone como ejemplo de éstos la comunicación “*para obtener estadísticas o resultados agregados, o para gestionar de forma centralizada recursos informáticos (aplicaciones, servidores, sistemas, etc)*”.

Sin embargo, no se informa de qué datos o categorías de datos podrían ser objeto de tal comunicación.

**No se informa** tampoco de la **base jurídica** en la que se ampara la licitud de tal comunicación de datos. Y, además, del primer inciso del apartado b. transcrito –“*Dado que has podido aceptar que eSimFLAG te remita comunicaciones comerciales de empresas con las que colaboramos*”- parece que el responsable del tratamiento considera base jurídica adecuada con arreglo al RGPD el hecho de que el cliente hubiera consentido previamente recibir comunicaciones comerciales de tales empresas.

En ese sentido, el envío de comunicaciones comerciales que el cliente hubiera consentido en su momento constituye un tratamiento distinto del que aquí se prevé: la comunicación por TME a las empresas con las que colabora de datos personales del cliente para fines administrativos internos. Esta comunicación de datos, a la que se refiere el apartado b. del epígrafe 8 de la política de privacidad, es un tratamiento diferente que debe tener su propio fundamento de licitud.

TME podría solicitar al cliente el consentimiento para este tratamiento particular, debiendo en tal caso facilitarle, previamente, información de la finalidad del tratamiento y de los datos que serán objeto de la comunicación, extremo éste último sobre el que nada dice el epígrafe 8, apartado b, de la política de privacidad examinado.

Así pues, para que la información ofrecida se adecúe a la normativa aplicable, deberá constar en ella la base jurídica del tratamiento previsto en el apartado b. al que nos referimos, además de los datos o categoría de datos que conciernen al cliente que serán objeto de comunicación a terceras empresas colaboradoras.

(ii) En relación con las transferencias a terceros países u organizaciones internacionales 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 lugar en que se hayan puesto a disposición”*, el último epígrafe de la política de privacidad, *“Información adicional”*, dedica el apartado 5, *“Transferencia internacionales de datos”* a tal cuestión e indica:

*“Los encargados de tratamiento situados fuera del Espacio Económico Europeo tratarán los Datos garantizando un nivel adecuado de protección. A continuación, te indicamos los servicios que prestan, los países y sus garantías:*

- 1. Telna-Servicio de conectividad Global, Canadá, Cláusulas tipo*
- 2. Servicio de atención telefónica al cliente, Colombia, Cláusulas tipo”.*

Por tanto, habida cuenta de que las garantías exigidas por el artículo 46.1 del RGPD podrán aportarse mediante cláusulas tipo conforme al artículo 46.2.c) del RGPD, reguladas en el artículo 41.1 de la LOPDGDD, la información que se ofrece en la política de privacidad se adecúa a los aspectos requeridos por el artículo 13.1.f) RGPD.

## VII

En cuanto a la obligación de informar sobre el **plazo durante el cual se conservarán los datos personales** o, cuando no sea posible, sobre los criterios utilizados para determinar este plazo (artículo 13.2.a, RGPD), el epígrafe 6.2 de la segunda capa informativa (política de privacidad), con el título *“Plazos de conservación de la información”*, indica que en eSimFLAG se tratarán tus datos *“durante el tiempo necesario para cumplir con las finalidades para las que los recogimos en su momento”*.

Tal declaración general es acorde con el principio de *“limitación del plazo de conservación”* (artículo 5.1.e, RGPD) según el cual los datos personales serán *“mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales”*.



Sin embargo, los párrafos siguientes del punto 6.2 de la política de privacidad no se ajustan al principio del artículo 5.1.e) RGPD. Así, consta en el citado documento de política de privacidad lo siguiente: \_

*“1.Los Datos proporcionados por el Cliente o Usuario, por ejemplo, los datos identificativos para gestionar tu contrato o el histórico de Servicios contratados etc. se conservarán mientras te encuentres en estado de alta y **hasta 10 años después de tu baja**, según establece la legislación de consumo y resto de normativa aplicable.*

*2.Los Datos de facturación se conservarán durante un plazo máximo de **hasta 10 años con independencia de que sigas estando dado de alta**, según establece la legislación civil, mercantil y fiscal.*

*3. Los Datos generados por el uso de los servicios se conservarán durante un plazo máximo de 12 meses, salvo que para cumplir con la finalidad prevista sea necesario un periodo superior, para cumplir con las distintas finalidades explicadas en esta Política. Por ejemplo, para cumplir con la obligación de conservación de datos establecida por la Ley 25/2007 en relación con los datos de tráfico y localización que podrán ser solicitados mediante requerimiento judicial.*

*4.Los **Datos calculados o estimados** por eSimFLAG **a partir de éstos se almacenan y tratan durante un plazo máximo de 12 meses**, salvo que sea necesario un periodo superior para cumplir con las finalidades de prestación de servicio y para conocerte mejor previstas en esta Política.*

*Una vez transcurridos los plazos indicados, podremos destruir, bloquear o anonimizar los datos, según establezca la legislación.”*

*(El énfasis en negrita y el subrayado es nuestro)*

-El último inciso del punto 6.2 evidencia que TME parece ignorar la obligación que le incumbe (ex artículo 17.1.a, RGPD) de suprimir los datos cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad para la que se recogieron y la obligación que tiene, una vez suprimidos, de mantenerlos bloqueados para atender posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y sólo por el plazo de prescripción.

En virtud de las disposiciones citadas (artículo 17.1.a, RGPD y 32 LOPDGDD), el responsable del tratamiento está obligado a suprimir sin dilación los datos del cliente cuando dejen de ser necesarios para los fines para los que fueron recogidos debiendo proceder entonces a su bloqueo, lo cual implica que quedarán en reserva debiendo adoptar el responsable las medidas técnicas y organizativas que impidan todo tratamiento, incluida la visualización.

Los datos bloqueados solo pueden ser tratados para la puesta a disposición ante jueces, tribunales, Ministerio Fiscal o Administraciones Públicas, entre ellas la AEPD. Una vez transcurridos los plazos de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad deberá procederse a la destrucción de los datos.



En consecuencia, la leyenda incluida en el punto 6.2. último inciso (“Una vez transcurridos los plazos indicados, podremos destruir, bloquear o anonimizar los datos, según establezca la legislación”) **no se adecúa a la normativa aplicable y debe ser corregida.**

Lo correcto hubiera sido indicar que, extinguido el contrato con el cliente, se procede a la supresión y bloqueo. Los datos se conservarán bloqueados para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento sólo por el plazo de prescripción. Transcurrido este plazo, se procederá a la destrucción de los datos.

- En cuanto a los plazos de conservación de los datos que se incluyen en el punto 6.2 de la política de privacidad, algunos de ellos (como los indicados en los números 1 y 2) no son acordes con la normativa aplicable ya que los tiempos de conservación previstos exceden de los plazos de prescripción fijados en las normas que serían aplicables a los tratamientos efectuados.

Debemos comenzar recordando que la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, impone el principio de reserva de Ley en relación con las limitaciones al derecho fundamental de protección de datos de carácter personal, de forma que cualquier limitación a ese derecho (como sería en la actualidad la derivada del artículo 32.2 de la LOPDGDD) deberá constar en una disposición con rango de Ley para que el bloqueo de los datos pueda considerarse lícitamente efectuado.

El apartado 6.2 de la política de privacidad, **punto 1**, fija un plazo de conservación de los datos de diez años posteriores a la baja del servicio que se justifica con una mención general a la “legislación de consumo y resto de normativa aplicable”, sin especificar cuál sea ésta.

Esta referencia es imprecisa pues ni especifica la norma en cuestión ni el precepto en el que se establece un plazo de diez años.

En ese sentido, aclaramos que, examinado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), se establecen en él estos plazos de prescripción:

Se prevé para las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, en función de su gravedad (muy graves, graves o leves), respectivamente, plazos de prescripción de cinco, tres y un año (artículo 52)

La acción de falta de conformidad de bienes, servicios y contenidos digitales tiene un plazo de prescripción de cinco años desde que se manifiesta la falta de conformidad (artículo 124) El plazo para que se manifiesta (artículo 120) es de tres años desde la entrega, en el caso de bienes, o de dos años en el caso de contenidos o servicios digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115 ter, apartado 2, letras a) y b). En los bienes de segunda mano el plazo no podrá ser inferior a un año desde la entrega

En cuanto a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (Libro Tercero de la LGDCU) se dispone (artículo 128) que todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios y, si bien para los daños causados por los productos (capítulo I del Título II de este Libro) el artículo 143 fija un plazo de prescripción de la acción de tres años, para los daños causados por otros productos y por servicios (capítulo II del mismo Título) no se establece plazo.

Al regular las garantías postventa (capítulo V, del Título IV del Libro II, Contratos y garantías) fija un plazo de diez años para el ejercicio de la acción del consumidor frente al fabricante con el fin de garantizar la existencia de repuestos y de un servicio técnico adecuado (artículo 127 bis).

Dadas las características que reviste el objeto del contrato cuyo condicionado general se informa -la prestación del servicio eSimFLAG- ni el plazo de diez años previsto en el artículo 127 bis de la LGDCU ni otros varios de los que se mencionan en ese texto legal serían aplicables al supuesto de hecho que no ocupa (contratación de una e SIM digital y prestación del servicio de datos)

Así pues, atendiendo al objeto del contrato, los plazos de prescripción que cabría estimar aplicables serían los siguientes:

(i) El previsto para las acciones personales que no tengan plazo especial (artículo 1964 del Código Civil), que es de **cinco años**.

(ii) El previsto en la LGDCU, artículo 52, a tenor del cual las infracciones muy graves prescribirán a los **cinco años**, plazo que comenzará a computarse cuando ésta se manifieste o exteriorice y, en el caso de infracciones continuadas cuando finalice la acción infractora o el último acto con que la infracción se consume.

El apartado 6.2 de la política de privacidad, **punto 2**, indica respecto al plazo de conservación de los datos de facturación que tendrá una duración máxima de hasta diez años, con independencia de que sigas estando dado de alta, según establece la legislación civil, mercantil y fiscal.

También esta referencia a un plazo de diez años es imprecisa pues no especifica la norma en cuestión ni el precepto en el que se establece tal plazo.

Sin embargo, los plazos de prescripción que cabría estimar aplicables a los datos tratados en atención al objeto del contrato serían los siguientes:

(i) Relativos a la legislación civil, el artículo 1964 del CC y el plazo de prescripción de 5 años previsto para las obligaciones que no tengan plazo especial.

(ii) En cuanto a la normativa fiscal, del artículo 66 y el artículo 29.2, letra e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, resulta la obligación de conservar la documentación relacionada con las obligaciones tributarias durante el plazo de prescripción de **cuatro años**.

(iii) Respecto a la normativa mercantil, el artículo 30 del Código de comercio establece que los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante **seis años**, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales

Por otra parte, los términos en los que está redactado el **punto 4** del apartado 6.2. de la política de privacidad -relativo a los datos “*calculados o estimados por eSimFLAG a partir de éstos*”, sobre los que dice que “*se almacenan y tratan durante un plazo máximo de 12 meses, salvo que sea necesario un periodo superior para cumplir con las finalidades de prestación de servicio y para conocer mejor previstas en esta Política*”- pueden provocar una interpretación errónea y contraria a la normativa aplicable. Para evitar posibles equívocos se hacen las siguientes precisiones:

(i) Estos datos **deben suprimirse, en todo caso, cuando se extinga la relación contractual**. La política de privacidad deberá informar en tal sentido.

(ii) Estos datos **no podrán conservarse bloqueados** una vez extinguida la relación contractual, pues sobre ellos no opera ningún plazo de prescripción fijado por una norma con rango de Ley

(iii) El plazo de 12 meses indicado en el punto 4 del epígrafe 6.2 únicamente puede ser interpretado como el plazo máximo de tratamiento de tales datos hasta la extinción del contrato.

## VIII

Finalmente, a la vista de lo manifestado por TME en su escrito de solicitud de informe dirigido a esta Agencia parece aconsejable precisar lo siguiente:

(i) Si bien TME ha fundado la solicitud de informe dirigida a esta Agencia en el artículo 11.3 del del RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas (RD 899/2009) tal solicitud responde al supuesto contemplado en el artículo 11.1 del mencionado RD 899/2009.

Esto, porque la prestación del servicio eSimFLAG que TME desea comercializar está sujeto a obligaciones de servicio público o de carácter público, quedando por ello encuadrado en ese precepto (artículo 11.1 del RD 899/2009).

(ii) La petición de TME de que esta Agencia declare confidencial la documentación que ha remitido (Anexo I, formado por el condicionado general del servicio y una dirección de enlace a la política de privacidad y política de cookies), basada en que afecta al secreto comercial e industrial, debe rechazarse.

En ese sentido, conforme al artículo 67 de la LGTel. tal documentación debe ser accesible a quienes pretendan contratar el servicio sobre el que versa el condicionado. Además, tal documentación no cumple las condiciones para ser considerada “secreto comercial” a efectos de la Directiva (UE) 2016/943, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 08/06/2016, “*relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*” (artículo 2.1).

## IX

En conclusión, de acuerdo con la exposición precedente, estimamos que deben modificarse en los términos indicados en el presente informe las cláusulas que guardan relación con la protección de datos de carácter personal incluidas en el condicionado general y la política de privacidad (primera capa y segunda capa informativa, respectivamente) a fin de que sea acorde con el RGPD el sistema de información que TME proporcione a quien esté interesado en contratar el servicio eSimFLAG que pretende comercializar.

Las consideraciones que aquí se hacen sobre el contenido de las dos capas informativas -el condicionado general y la política de privacidad- lo son a los efectos exclusivos del presente informe, cuyo objeto esencial es una valoración general de la adecuación a la normativa de protección de datos de carácter personal de las cláusulas que formarán parte de los contratos de prestación del servicio eSimFLAG que se celebren, de tal modo que tales consideraciones que no son óbice para cualquier actuación posterior que esta Agencia deba llevar a cabo en el ejercicio de las funciones que le confiere el RGPD, tanto respecto a los documentos examinados como a los tratamientos de datos que la consultante lleve a cabo en el ámbito de esas contrataciones.