

**N/REF: 0022/2023**

La consulta plantea la conformidad con la normativa de protección de datos personales de las condiciones generales de contratación de los servicios de prestados por ORANGE ESPAÑA VIRTUAL S.L bajo la marca comercial SYMIO.

A tal efecto, dichas condiciones generales contienen un apartado dedicado a la materia objeto de análisis bajo la denominación 13. PROTECCIÓN DE DATOS que contiene información acerca del tratamiento de datos personales que se derive de la prestación de los distintos servicios prestados a los que da cobertura las citadas condiciones.

Asimismo, aporta otro documento específico denominado “Política de Privacidad” dónde se informa de varios aspectos sobre el tratamiento de datos personales.

Como antecedente a tener en cuenta, en fecha de 20/12/2022 se emitió el Informe 82/2022 de este Gabinete Jurídico en el que se analizaban las condiciones generales de contratación de los servicios prestados por la consultante bajo la marca comercial SYMIO, con resultado desfavorable en determinados aspectos entre los que cabe destacar los siguientes:

(...) V

*Ahora bien, antes de continuar analizando los restantes requisitos del artículo 13 RGPD, debe indicarse que la cláusula sometida a informa se subdivide en los tres apartados que se han citado en los apartados anteriores del presente informe y conviene detenerse en el primero número 13.1 de la cláusula dedicado al tratamiento de datos cuando el afectado es persona física, en el que se informa lo siguiente:*

*Orange/Jazztel informa que los datos personales del Cliente persona física serán tratados de conformidad con lo dispuesto en el Anexo de Privacidad que ha sido puesto a disposición y aceptado por el Cliente.*

*Obviamente, no se puede considerar que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 13 del RGPD, ya que la información que consta en el apartado 13.2 de la cláusula esta referida al tratamiento de datos cuando el cliente sea persona jurídica.*

*El “Anexo de privacidad” al que se hace referencia no ha sido aportado a la consulta planteada, y además al indicarse que “ha sido puesto a disposición y aceptado por el cliente”, se infiere que se ha solicitado el consentimiento del afectado para someterse a las condiciones de dicho anexo.*

*Pero se desconocen las circunstancias en las que se ha aceptado por el “cliente”.*

*Pues bien, debe recordarse al consultante que, si la finalidad del tratamiento es posibilitar la prestación del servicio, la base jurídica de legitimación es la prevista en el artículo 6.1 b) del RGPD a cuyo tenor 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;*

*Si el tratamiento obedece a otras finalidades, debe encontrarse la legitimación en otro supuesto del artículo 6.1 del RGPD, y en el caso del consentimiento debe advertirse los requisitos que debe revestir este, como son la clara acción afirmativa, informada, explícita para cada finalidad, y en lo que aquí interesa resaltar prestado de modo libre, y como nos recuerda el artículo 7 RGPD y los considerados 32 y 43 no podemos entender prestado libremente si la prestación del servicio contratado se supedita precisamente al otorgamiento de dicho consentimiento.*

*A lo que hay que añadir que la revocación tampoco debe afectar a la continuidad del servicio contratado, pues precisamente la base jurídica debe ser la prevista en el art. 6.1 b) RGPD.*

*Y finalmente recalcar que la carga de probar la prestación del consentimiento, con los requisitos indicados, recae en el responsable del tratamiento.*

*Una cosa es ser informado del tratamiento al que van a ser sometidos los datos personales y otra es la aceptación o aquiescencia de una determinada finalidad en los términos y requisitos que se acaban de indicar. Por mucho que se acepte una determinada política de privacidad, será contrario al RGPD si se incumple este, y en especial los principios que han de informar cualquier tratamiento, y en lo que aquí interesa el principio de transparencia y el de licitud.*

*En consecuencia, el contenido de la cláusula 13.1 sometido a informe se estima contrario al artículo 12 y 13 del RGPD y se informa desfavorablemente, pues no consta nada al respecto y se desconoce los*

*términos en los que se ha obtenido el consentimiento y para qué finalidad.*

*Se recuerda que el tratamiento de datos sin base jurídica suficiente puede ser constitutivo de una infracción prevista en el artículo 83.5 a) del RGPD.*

*(...)*

Uno de los aspectos que se tuvieron en cuenta para informar desfavorablemente las condiciones generales objeto de análisis, fue la ausencia del anexo de privacidad al que se hace referencia en dichas condiciones en el apartado 13.1, cuando el tratamiento de los datos personales se refiere a un cliente persona física. En esta ocasión el citado anexo ha sido objeto de incorporación a la consulta

Por lo tanto, el análisis que a continuación se realiza tiene por objeto el citado Anexo en relación con el apartado 13. PROTECCIÓN DE DATOS, de las condiciones generales aportadas en la presente consulta que coinciden con las que se tuvieron en cuenta en el citado Informe 82/2022.

## 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 (RGPD en lo sucesivo), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD en lo sucesivo) conforman el marco jurídico de referencia en España que afecta a la protección de datos de carácter personal. En estas normas se regulan los principios y fundamentos a los que deben ajustarse la recogida y tratamiento de los datos personales por cualquier persona pública o privada que lleve a cabo tratamiento de datos de carácter personal en el ejercicio de su actividad.

El citado RGPD introduce profundas modificaciones en las normas de protección de datos que afectan de forma relevante, entre otras cuestiones, al denominado principio de transparencia y derecho de información de los afectados.

## II

Teniendo en cuenta lo anterior, para analizar la conformidad de las cláusulas aportadas a la normativa citada, debe acudirse a los preceptos que nos indicarán, cómo se ha de proporcionar la información (artículos 12 RGPD y 11 LOPDGDD) qué información se ha de proporcionar (artículo 13 y, en su caso,

artículo 14 RGPD), y finalmente el contenido de la información que ha de ofrecerse (que de acuerdo con el artículo 6 del RGPD dependerá del tratamiento al que se haga referencia en cada caso).

En cuanto a la primera de las cuestiones, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 5.1 del RGPD que otorga la categoría de principio a la transparencia al indicar que:

*«1. Los datos personales serán: a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);*

y en su apartado 2 refuerza su relevancia al formar parte de aquellos principios que al amparo de la responsabilidad proactiva cualquier responsable debe estar en condiciones de acreditar su estricto cumplimiento:

*(...)2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).*»

Asimismo, el Considerando 39 del RGPD de manifiesto el significado y el efecto del principio de transparencia en el contexto del tratamiento de datos, al indicar que

*«Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento [...]».*

Por su parte, dispone el artículo 12 RGPD bajo la rúbrica *“Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado”*, en su apartado 1 lo siguiente:

*«El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y*

*34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. (...) »*

En cuanto a la LOPDGDD, el artículo 11 hace referencia a la “*Transparencia e información al afectado*”, plantea la posibilidad de utilizar un sistema por capas informativas distinguiendo entre una información básica, y una segunda capa con información adicional, al indicar lo siguiente:

*1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el apartado siguiente e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.*

*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.*

En el apartado 13 de las condiciones generales bajo la denominación PROTECCIÓN DE DATOS, se observa que se proporciona información consistente, en síntesis, en la identificación del responsable del tratamiento, y luego una subdivisión en epígrafes que obedece a la siguiente diferenciación.

El primer apartado 13.1 es dedicado al tratamiento de datos cuando el cliente es una persona física, y que indica literalmente lo siguiente:

*Orange/Jazztel informa que los datos personales del Cliente persona física serán tratados de conformidad con lo dispuesto en el Anexo de Privacidad que ha sido puesto a disposición y aceptado por el Cliente.*

El segundo apartado 13.2 es dedicado al tratamiento de datos cuando el cliente es una persona jurídica, dónde se informan de varios aspectos como diferentes finalidades con las correspondientes bases jurídicas de legitimación; el plazo de conservación de los datos, las posibles comunicaciones, el ejercicio de los derechos y la posibilidad de interponer reclamación ante la AEPD.

Y en el tercer apartado 13.3 está dedicado al análisis de la figura del consultante como encargada del tratamiento en determinados supuestos y a los compromisos y obligaciones que asume derivados de tal condición.

Como se ha indicado antes, en esta ocasión se ha aportado la Política de Privacidad (referida en las condiciones generales como Anexo de Privacidad) y que se refiere al tratamiento de los datos de las personas físicas, respecto de la que se realizan las siguientes consideraciones.

### III

En relación a la identificación del responsable del tratamiento, si bien en la política de privacidad o anexo de privacidad, no se identifica como esa denominación, en la Cláusula 13 del condicionado general, se dedica un apartado expresamente al Responsable del tratamiento, que coincide con la información que consta en el anexo de privacidad. Y en idénticos términos se identifican los datos de contacto del Delegado de Protección de datos.

Por lo tanto, se considera que dicha información cumple las exigencias del artículo 13. a) y b) del RGPD.

A continuación, el anexo de privacidad cuenta con un apartado denominado *¿de dónde proceden y qué datos tratamos?* En el que la información se estructura en tres epígrafes según el tipo de datos y una explicación sobre la finalidad del tratamiento al que hace referencia, y en algunos casos sobre la base jurídica que legitima el mismo.

Pues bien, indicar que esta información debe ser acorde con el siguiente epígrafe del anexo para no entrar en contradicción y resultar incongruente, o poco concisa o ininteligible, o que en definitiva induzca a error o confusión con el resto de la información.

### IV

Como se ha indicado antes, el apartado 13.1 c) y d) del RGPD impone al responsable del tratamiento la obligación de informar sobre:



*c) los fines 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;*

En el anexo de privacidad se muestra el siguiente apartado denominado *¿con qué finalidad y cuál es la legitimación del tratamiento de los datos personales del usuario?* Es decir, formalmente satisface las obligaciones de los apartados del artículo 13.1 antes citado.

Ahora bien, en cuanto al contenido de los mismos debe indicarse que el apartado se subdivide en cuatro epígrafes referidos a finalidades basadas en la ejecución del contrato, en el interés legítimo, en el consentimiento, y en el cumplimiento de una obligación legal o el interés público, que, salvo lo referido al interés vital previsto en el apartado d), coinciden con las bases jurídicas que prevé el artículo 6.1 del RGPD y que darían licitud al tratamiento.

Respecto de las finalidades del tratamiento basada en la ejecución del contrato de acuerdo con el artículo 6.1 b) del RGPD, hay que señalar que se informa de cinco tratamientos de los que tres de ellos resultan acordes con la finalidad informada, salvo los dos últimos que se refieren a:

*Analizar los datos de tráfico del Usuario que permita mantener la seguridad de las redes, impidiendo intromisiones ilegítimas o la utilización fraudulenta de los servicios, así como mejorar el servicio que te prestamos, realizando análisis estadísticos anonimizados sin asociarlos a ninguna información personal, tratando datos globales de uso.*

*De forma periódica, SIMYO envía a determinados clientes encuestas de satisfacción sobre el servicio contratado, la claridad de la factura, la calidad de red de móvil o Fibra, etc.*

Estos tratamientos no resultan necesarios para la ejecución del contrato o prestación del servicio, sino que contribuyen a prestar un servicio de mejor calidad o en mejores condiciones. Es decir, sirven a otra finalidad de la que se informa.

Por consiguiente, resultaría más adecuado informar sobre estos tratamientos sobre la base del apartado 6.1 f) del RGPD, referidos a tratamientos basados en el interés legítimo del responsable del tratamiento, identificando en cualquier caso el interés afectado, que podría ser la mejora en la calidad de la prestación del servicio. En cualquier caso, corresponde al responsable del tratamiento identificar y determinar el interés legítimo que persigue con el tratamiento de que se trate.

Respecto de las finalidades basadas en el interés legítimo de acuerdo con el artículo 6.1 f) del RGPD, hay que señalar que se informa de seis finalidades y se recoge expresamente el ofrecimiento del ejercicio del derecho de oposición al afectado.

Se informa favorablemente estas finalidades, salvo las dos últimas referidas a:

*Para elaborar un “perfil comercial básico” analizaremos tus preferencias utilizando para ello los datos derivados de la prestación del servicio, consumo y facturación media de los productos, así como las audiencias de televisión y/u otros dispositivos, que formen parte de la oferta que tengas contratada con SIMYO para el envío de comunicaciones comerciales personalizadas propias y de terceros, a través de cualquier medio. En relación con lo anterior, SIMYO podrá realizar análisis sobre los datos disponibles del cliente durante la vida del contrato, para incluir en este perfil estimaciones sobre el canal de compra preferido, si el cliente utiliza medios digitales, su grado de propensión a la baja, la edad y género, así como datos de consumos y audiencias de televisión y en los diferentes dispositivos utilizados, así como cualquier otro datos de análoga tipología.*

*Comunicar tus datos a empresas del Grupo Orange en España, para que las mismas puedan tratarlos con finalidades comerciales, siempre que se trate de productos y servicios de la misma naturaleza que los contratados, para que estas puedan remitirte publicidad y beneficiarte así de las ventajas de sus productos. Estas comunicaciones comerciales podrán remitirse por cualquier medio, incluidos medios electrónicos.*

(El subrayado es nuestro)

Estas cláusulas pretenden la realización de un perfilado a partir de información proveniente de distintas fuentes que la consultante refiere como datos derivados de la prestación del servicio.

En este aspecto es preciso detenerse y recordar que únicamente cabe dicho perfilado al amparo del interés legítimo cuando el origen de los datos no sea ajeno a la prestación contractual, y con el oportuno juicio de ponderación o prueba de sopesamiento, y en este sentido plantea dudas la expresión “así como cualquier otro dato de análoga tipología”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario recordar el criterio de esta Agencia sobre la base jurídica aplicable al perfilado cuando los datos utilizados para la elaboración del perfil son ajenos a la relación contractual, que se requiere la prestación del consentimiento, sirva citar por todos el Informe 197/2015 al indicar que:



La primera consecuencia de lo antedicho es que debería excluirse de la aplicación del artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos los supuestos en que la entidad acudiera para la realización del perfilado a fuentes distintas de las que se derivasen de la relación del cliente con la entidad. De este modo, a juicio de esta Agencia, cualquier perfilado de los clientes que se llevase a cabo como consecuencia de enriquecer los datos de que dispone la entidad en virtud de su relación con el cliente con información procedente de otras fuentes requeriría o bien la solicitud del producto o servicio por el interesado, conforme ya se ha indicado, o bien que el mismo preste su consentimiento para el tratamiento. (...)

Si los datos procediesen únicamente de la información de que dispusiera la entidad en relación con los productos o servicios contratados por el cliente, sin que la misma fuera completada con la originada en otras fuentes distintas, ciertamente la conducta de la entidad, consistente en la realización de un perfilado para la remisión de ofertas de productos o servicios a sus clientes, resultaría ser menos invasiva de los derechos e intereses de los clientes, pudiendo en este caso considerarse la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos.

Ahora bien, para que pueda llegarse a esta conclusión será imprescindible que las entidades diferencien claramente el tratamiento al que se está haciendo referencia del que ha sido analizado en el apartado anterior de este informe. Ello quiere decir que no podrá considerarse amparado en el artículo 6.1 f) un tratamiento de las características del ahora estudiado si en la información facilitada al interesado únicamente se indica que los datos serán tratados con la finalidad de remitir publicidad de otros productos y servicios de la entidad, dado que, con carácter previo a esa remisión, se estaría llevando a cabo otro tratamiento, consistente en la elaboración de perfiles a partir de la información de que dispusiera la entidad.

(...)

En un sentido similar el uso del interés legítimo como base jurídica del tratamiento en la elaboración de perfiles, nos indican las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 que:

(...) resultaría difícil para los responsables del tratamiento justificar la utilización de intereses legítimos como base jurídica para prácticas

intrusivas de elaboración de perfiles y seguimiento con fines de mercadotecnia o publicidad, por ejemplo, aquellas que suponen el seguimiento de personas en distintos sitios web, ubicaciones, dispositivos, servicios o mediación de datos.

Por lo tanto, si la consultante pretende elaborar un perfil a partir de datos obtenidos de servicios ajenos a los contratados o de fuentes externas, y probablemente sin la certeza de que el afectado sea conocedor de estas circunstancias, resulta más adecuado el uso del consentimiento como base jurídica para legitimar dicho tratamiento. En este sentido las citadas Directrices indican que:

La elaboración de perfiles puede resultar opaca y, a menudo, se basa en datos derivados o inferidos de otros datos, más que en información facilitada directamente por el interesado.

Los responsables del tratamiento que pretendan basarse en el consentimiento como base para la elaboración de perfiles deberán demostrar que los interesados entienden exactamente qué están consintiendo, (...) En todos los casos, los interesados deben contar con suficiente información sobre el uso y las consecuencias previstos del tratamiento para garantizar que cualquier consentimiento que den constituya una elección informada.

En segundo término, esta cláusula también pretende amparar la cesión de datos a otras entidades distintas del responsable del tratamiento y las acciones de mercadotecnia de éstos realizadas a través de distintos medios, incluidos los electrónicos. Así, en el primer caso, se deduce cuando se indica “para el envío de comunicaciones comerciales personalizadas propias y de terceros, a través de cualquier medio”; y en el segundo, se cita expresamente esta posibilidad.

Pues bien, tampoco sería posible amparar estos dos tratamientos, el de la comunicación a empresas del grupo de la consultante, y la realización de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, en el interés legítimo.

En el primero de los casos se quiebra cualquier expectativa razonable del titular de los datos sobre dicho tratamiento. Por lo tanto, la base jurídica que se impone con más contundencia es la del consentimiento teniendo en cuenta los requisitos que ha de revestir que operarían como garantías “legales” para el afectado.

Y en segundo término, a la hora de legitimar el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, sobre todo teniendo en cuenta que promocionan servicios de terceros y que son remitidas por éstos, por lo que se

requerirá la autorización previa y expresa del titular de los datos personales, por aplicación del artículo 21 de la LSSI, al tratarse de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, tal como recoge el criterio de esta Agencia y que se cita en el Informe 82/2022 parcialmente transcrito.

En conclusión, estas finalidades referidas a la comunicación a terceros ajenos al responsable del tratamiento para fines comerciales y el envío de comunicaciones comerciales en si mismo, deberán basarse en la prestación del consentimiento, recordando la especificidad o granularidad que ha de observarse, es decir, un consentimiento para cada finalidad distinta.

Respecto de las finalidades que la consultante basa en el consentimiento de acuerdo con el artículo 6.1 c) del RGPD, hay que señalar que no se aporta a la presente consulta el medio o modo en que se solicita el citado consentimiento, por lo que se hace la oportuna remisión a lo indicado al respecto en el citado Informe 82/2022 sobre los requisitos que deben cumplirse al utilizar esta base jurídica para legitimar el tratamiento. (consentimiento libre, específico, informado, revocable).

Por último, respecto de las finalidades basadas en el cumplimiento de una obligación legal o interés público de acuerdo con los apartados c) y e) del artículo 6.1 del RGPD, hay que señalar que se informa sobre cuatro finalidades, y se consideran conforme a la normativa de protección de datos.

## V

En cuanto al deber de informar *sobre los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos objeto de tratamiento*, se incluye un apartado denominado *¿a qué destinatarios se comunicarán los datos del usuario?* dónde informa sobre las posibles cesiones a distintas autoridades públicas, entidades del grupo empresarial de la consultante, y entidades colaboradoras, así como las entidades responsable de los sistemas de información crediticia, entidades de recobro, entidades tramitadoras de portabilidad numérica, y aquellas que realizan funciones necesarias para la correcta prestación del servicio.

Por lo tanto, y en relación con el artículo 13. 1 e) del RGPD se observa que en el sistema de información se indican los aspectos requeridos.

## VI

En cuanto al deber de informar sobre las posibles transferencias internacionales, de acuerdo con el artículo 13.1 f) del RGPD, se observa que en el apartado anteriormente referenciado se indica lo siguiente:

*Proveedores y distribuidores que realizan funciones necesarias para la correcta prestación del servicio, en nombre y/o por cuenta de SIMYO,*

*los cuales pueden encontrarse ubicados fuera del Espacio Económico Europeo, aportando en todo caso las garantías necesarias para asegurar un nivel adecuado de protección de los datos personales.*

Y la exigencia del precepto citado es informar sobre *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 lugar en que se hayan puesto a disposición.*

Cómo puede observarse la información que contiene la cláusula analizada en relación con el precepto se muestra insuficiente. En consecuencia, se informa desfavorablemente este aspecto.

## VII

En cuanto a la obligación de informar sobre el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo que establece en el artículo 13.2 a) del RGPD, en el anexo de privacidad objeto de análisis consta un apartado denominado *¿durante cuánto tiempo tratará Simyo los datos del usuario?* en el que se informa en los términos exigidos por el citado precepto.

## VIII

En cuanto a la información que debe proporcionarse de acuerdo con los apartados d), e) y f) del artículo 13.2 del RGPD, debe indicarse que se informa al usuario del ejercicio de los derechos que le asisten, así como del derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control.

Ahora bien, en relación con el apartado f) se deberá informar de *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.*

En este sentido, el artículo 4. 4 del RGPD, define el concepto de elaboración de perfiles como *toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.*

Pues bien, debe indicarse que del clausulado de la política de privacidad analizada se observa que en multitud de finalidades se va a realizar un perfilado del usuario. Sirva citar a modo de ejemplo, las finalidades basadas en el interés legítimo, en la quinta referenciada y en las finalidades que requieren el consentimiento, en la primera y sexta referenciadas.

Teniendo en cuenta las exigencias del precepto, no puede afirmarse que se informe *significativamente de la lógica aplicada, así como de la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado*.

Si bien, en algunos casos se puede inferir de la lógica aplicada, lo cierto es que se utilizan términos que impiden conocer a un usuario sin conocimientos técnicos en que se concreta la lógica aplicada y sobre qué información se aplica la misma. Términos o expresiones como “su grado de propensión a la baja”, “así como cualquier otros datos de análoga tipología”, o cuando se informa sobre la comunicación del perfil comercial a compañías colaboradoras de SIMYO para facilitar información comercial basada en “*aquella otra información que podamos inferir sobre ti*”.

Estas expresiones tienen el efecto adverso que pretende el precepto, que no es otro que informar *significativamente de la lógica aplicada, así como de la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado*, pues lejos de proporcionar certeza al usuario, crea incertidumbre a partir de la ambigüedad en algunos casos, y de los tecnicismos en otros, que contienen las expresiones citadas.

Por lo tanto, en relación con la redacción que consta en las cláusulas analizadas sobre la elaboración de perfiles en referencia a la obligación de proporcionar *información significativa sobre la lógica aplicada, la importancia y las consecuencias para el interesado*, se informa desfavorablemente.

#### IX

Por último, indicar que en relación con lo indicado en el apartado 13. 2 y 3 de las condiciones generales aportadas por la consultante, se reitera lo indicado en el Informe 82/2022 en la medida en que no se ha aportado información distinta.

#### (...) VI

*En relación al deber de informar sobre los fines del tratamiento y la base jurídica del tratamiento que consta en el apartado 13.2 de la cláusula referida al tratamiento de los datos personales de los representantes de las personas jurídicas debe indicarse lo siguiente:*

*Se distinguen tres finalidades y se identifican las correspondientes bases jurídicas o supuestos de legitimación, en concreto, con la finalidad de permitir el mantenimiento, cumplimiento y control de la prestación, se señala como base del tratamiento “el cumplimiento de la relación contractual”.*

*En segundo término, con la finalidad de el envío por cualquier medio de comunicaciones comerciales personalizadas propias y de terceros, se señala como base legitimadora el interés legítimo.*

*Pues bien, sobre el tratamiento de datos basado en el interés legítimo conviene recordar con carácter previo la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos para apreciar esta base jurídica en acciones de mercadotecnia, como es el caso de la cláusula hoy sometida a análisis y cabe citar por todas la Sentencia núm. 1460/2020 de 5 de noviembre:*

*(...). Es cierto, como expone la recurrente, que conforme al Reglamento de la Unión Europea es posible el tratamiento de datos personales sin contar con el consentimiento expreso y previo del afectado, estableciendo otros supuestos habilitantes para el tratamiento de datos, entre ellos, cuando sea «necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero» (art. 6.1.f)). Y también es cierto que el tratamiento de datos para la mercadotecnia directa tiene la consideración de un interés legítimo, según dispone el considerando 47 in fine y en el artículo 21 dedicado al derecho de oposición al tratamiento por parte del sujeto interesado.*

*Ahora bien, el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige, según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, así se dispone en el considerando 70 y en el art. 21 de dicha norma.*

*Ahora bien, debe indicarse que la cláusula analizada al indicar “por cualquier medio” y comunicaciones comerciales “de terceros”, el criterio mantenido por este Gabinete Jurídico respecto de la aplicación de la base jurídica prevista en el artículo 6.1 f) del RGPD – la concurrencia de un interés legítimo – para acciones de mercadotecnia a través de medios electrónicos, es que cuando se trate de comunicaciones electrónicas, 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.*

*Excluyéndose por tanto el interés legítimo para este tipo de envíos. (en el Informe 195/2017 de este Gabinete jurídico se indicaba que La Ley 34/2002 constituye norma especial en relación con estas actividades, por lo que no podría acudir para resolver la cuestión planteada en este punto a las previsiones del reglamento general de protección de datos, sino que habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en esta norma especial cuando las comunicaciones se lleven a cabo a través de medios electrónicos)*

*Respecto de otros canales de comunicación, esta Agencia ha venido entendiendo que, por analogía, 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), y no puede considerarse como tal las comunicaciones comerciales de terceros.*

*Por lo tanto, las comunicaciones por medios electrónicos propias y también las de terceros, a través de cualquier canal, no pueden ser legitimadas sobre esta base jurídica.*

*Asimismo, el propio artículo 13.2 b) RGPD, indica que debe informarse de cuál es el interés legítimo que se alega, no bastando una genérica remisión.*

*En consecuencia, se informa desfavorablemente la información sobre dicha finalidad sobre la base jurídica del interés legítimo, debiendo procederse a su modificación.*

*Y, en tercer lugar, se informa sobre “finalidades adicionales” sin especificar cuáles son y se señala como base del tratamiento el consentimiento.*

*Pues bien, únicamente debemos hacer la oportuna remisión a lo indicado anteriormente sobre los requisitos que debe revestir el consentimiento resaltando que el consentimiento debe ser una clara acción, positiva, libre e informada, y revocable, no siendo válidas formulas como la inacción o el consentimiento tácito, así como que la*

*finalidad del tratamiento debe ir perfectamente identificada. En este sentido, el Considerando 43 “se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento”.*

*En consecuencia, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 7 del RGPD y en los considerandos 42 y siguientes la obtención del consentimiento será conforme a derecho.*

*Por lo tanto, y en relación con el artículo 13. 1 c) y f) RGPD, debe indicarse que se identifican los fines del tratamiento y la base jurídica que legitima su uso, todo ello sin perjuicio de las modificaciones que como se ha indicado se estiman necesarias para adecuar la cláusula al principio de transparencia, y para la aplicación correcta de las bases jurídicas prevista en el artículo 6.1 a) y f) RGPD, con carácter general, y en especial para acciones de mercadotecnia por medios electrónicos.*

## VII

*En cuanto al deber de informar sobre los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos objeto de tratamiento, se observa que informa sobre las posibles cesiones a distintas autoridades públicas.*

*Por lo tanto, y en relación con el artículo 13. 1 e) del RGPD se observa que en el sistema de información se indican los aspectos requeridos.*

## VIII

*En cuanto a la obligación de informar sobre el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo, se informa lo siguiente:*

*Los datos del cliente serán conservados durante todo el tiempo en que ésta subsista y aún después, hasta que prescriban las eventuales responsabilidades derivadas de ella.*

*Como puede observarse la cláusula está redactada de forma errónea o incompleta pues no se indica a que se refiere “en que ésta subsista”, por lo que se informa desfavorablemente la redacción de la cláusula.*

*Respecto de la obligación de informar sobre la existencia de decisiones automatizadas, y en su caso, la elaboración de perfiles, si bien no se*

*indica expresamente alguna finalidad bajo esta denominación, se recuerda que si para el envío de comunicaciones comerciales que se prevé, se ha realizado o se pretende realizar un perfilado del afectado de sus preferencias comerciales basado en los datos aportados y generados como consecuencia de la prestación del servicio, se debería informar de la elaboración de perfiles en los términos indicados y ofrecer expresamente el derecho de oposición en los términos de los artículos 21 y 22 del RGPD.*

*Por lo tanto, y en relación con el artículo 13. 2 a), y b) del RGPD se observa que en el sistema de información no se cumplen con las obligaciones derivadas de dicho precepto.*

*En cuanto a la obligación de informar sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición y portabilidad, y sobre el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control, se observa que se informa de este aspecto. (artículo 13.2 c) y e) RGPD)*

*En cuanto a la información sobre la procedencia de los datos objeto de tratamiento, prevista en el apartado 2 letra f) del artículo 13 RGPD no se observa que se recoja en la cláusula analizada.*

#### IX

*Finalmente, en el apartado 13.3 de la cláusula sometida a informe se aborda la condición que ostenta la consultante con carácter general respecto del tratamiento de datos, autodenominándose como responsable del tratamiento con carácter general e identificando un supuesto en que podría ser encargada del tratamiento y las obligaciones que asume en este supuesto.*

*En concreto se indica que:*

*En caso de que la prestación de los Servicios contratados por parte de un Cliente persona jurídica implique la realización de actuaciones por parte de Orange que conlleven un acceso por parte de esta a datos de los que es responsable el Cliente según la normativa aplicable en materia de protección de datos, Orange realizará dichos tratamientos por cuenta del Cliente como Encargado del Tratamiento*

*Pues bien, debe recordarse tal como nos indica el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) en su Dictamen 7/2020 “sobre los conceptos de responsable y encargado” que dichas categorías*

*responden a un elemento funcional en relación con las circunstancias propias del tratamiento al que se esté haciendo referencia.*

*Es decir, la condición que se ostenta respecto de un tratamiento deriva de la posición material que respecto del mismo tenga un determinado actor, y no se es o se deja de ser responsable, encargado o corresponsable, únicamente por una auto atribución o atribución consensuada, sino que la determinación vendrá dada por el análisis de más elementos, como se ha indicado antes las citadas Directrices 7/2020, disponen que (...) Los conceptos de «responsable del tratamiento», «corresponsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» son conceptos funcionales, puesto que se utilizan para asignar responsabilidades en virtud de la función que desempeña cada una de las partes, y autónomos,(...)*

*En consecuencia, el consultante respecto del tratamiento de los datos de sus clientes ostentará con carácter general la condición de responsable del tratamiento, pues determina los medios y fines del mismo (artículo 4.7 RGPD), y en otros supuestos como el indicado en la cláusula, ostentará una u otra condición dependiendo del caso concreto, cuestión que no es objeto del presente informe.*

*Asimismo, en la cláusula se recogen una serie de obligaciones en el supuesto de que la consultante actúe como encargada del tratamiento, respecto de lo que debe recordarse el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 28.3 del RGPD.*

*Dicho esto, el objeto del presente informe es el análisis de las cláusulas aportadas al principio de transparencia y demás principios que resulten afectados pues tendrán incidencia directa en los derechos e intereses de los titulares de los datos personales que van a ser objeto de tratamiento al amparo de las mismas, es decir, la finalidad última de este informe es velar por la adecuada implementación del RGPD en un aspecto tan importante para el afecto como es la información que va a recibir sobre el tratamiento de sus datos.*

*Por lo tanto, analizar las obligaciones que constan en el apartado 13.3 de las cláusulas, supone en último término la validación del contenido de un contrato de encargado del tratamiento -pues sin tener esa denominación el contenido se pretende asemejar a un contrato de encargado- o dicho de otro modo, validar las obligaciones que el consultante asume cuando ostente dicha condición, no puede ser objeto del presente informe ya que las mismas nacen del propio RGPD y en su*

*caso de la LOPDGDD, correspondiendo en última instancia, al responsable del tratamiento y en su caso, al encargado, al amparo del principio de responsabilidad proactiva velar porque sean correctas.*

*Por lo que no procede la realización de consideración alguna sobre dicho contenido.*

(...)

X

En todo caso, estas consideraciones sobre la política de privacidad lo son a los exclusivos efectos del presente informe, cuyo objeto esencial es la valoración de las cláusulas aportadas, de forma que no excluye cualquier actuación posterior que haya de llevar a cabo esta Agencia en relación con la citada política y con los tratamientos llevados a cabo por la consultante dentro de su ámbito.