

- Procedimiento N°: PS/00456/2019

938-0419

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En el procedimiento sancionador PS/00456/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos, a la entidad VODAFONE ESPAÑA SAU, con C.I.F.: A80907397, (en adelante, "la entidad reclamada"), vista la denuncia por D. **A.A.A.** (en adelante, "el reclamante"), y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 27/06/19, tuvo entrada en esta Agencia escrito, presentado por D. **A.A.A.** (en adelante, "el reclamante"), en el que exponía, entre otras, lo siguiente:

"Vodafone ha aceptado por mi parte un consentimiento con la siguiente descripción: "Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basadas en esta información", como se puede observar en la imagen.

No tengo constancia de haber dado mi consentimiento en ningún momento para ello, por lo que han debido de marcarlo sin él o mediante manipulación de la información otorgada.

En segundo lugar, el listado de consentimientos que solicita en su apartado de privacidad es manifiestamente confuso. Hay consentimientos afirmativos y negativos al mismo tiempo, como se puede observar en la imagen "Sección – Privacidad de tus datos.png".

Se aporta, entre otras, la siguiente documentación:

1.- Pantallazo de la página web "**URL.1**", donde se aprecia, en el área de "Privacidad de tus Datos", las casillas, según denuncia, premarcadas con (x):

Casilla	Consentimiento:
	<i>Acepto que Vodafone trate mis datos de localización para que pueda ofrecerme servicios o productos de Vodafone acordes a mis necesidades</i>
X (premarcada)	<i>Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basada en esta información.</i>
	<i>Acepto que Vodafone me remita comunicaciones comerciales con ofertas que pudieran ser de mi interés procedentes de terceras empresas con las que Vodafone haya llegado a un acuerdo.</i>
X (premarcada)	<i>No acepto que Vodafone me envíe comunicaciones comerciales relevantes sobre productos, servicios, ofertas, descuentos y promociones de Vodafone.</i>
X (premarcada)	<i>No acepto que Vodafone ceda datos anonimizados y agregados basados en mi navegación, tráfico, facturación y localización a otras entidades.</i>

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el art. 57.1 RGPD. Así, con fecha 28/08/19 y 12/11/19, se dirige un requerimiento informativo a la entidad reclamada.

TERCERO: Con fecha 02/12/19, la entidad reclamada, remite a esta Agencia, entre otras, la siguiente información:

“Se adjunta copia de la carta remitida al reclamante informándole de las gestiones realizadas para solucionar su reclamación. Asimismo, se le pide disculpas por las molestias ocasionadas.

La App “Mi Vodafone” cuenta con un apartado específico, denominado “Permisos y Preferencias”, en el que únicamente los clientes, mediante acceso con clave personal, pueden acceder y marcar o desmarcar las opciones pertinentes que consideren adecuadas para el tratamiento de sus datos personales y proceder o no a la aceptación de los consentimientos para el uso de los mismos.

Únicamente los clientes tienen potestad para conceder sus permisos mediante esta aplicación. Mi representada no tiene acceso a los mismos, ni a su modificación, si no cuenta expresamente con el consentimiento de los clientes.

El reclamante es quien motu proprio puede activar y desactivar esta opción en su aplicación móvil, y que mi representada no puede acceder a su perfil de cliente para modificar tales permisos si no cuenta expresamente con su consentimiento, al tratarse de un caso en el que el reclamante manifiesta su oposición clara para el tratamiento de sus datos de facturación, tráfico y navegación para enviarle comunicaciones comerciales, mi representada ha decidido proactivamente tratar este caso internamente, y desmarcar dicho consentimiento en los sistemas, a fin de cumplir con su petición.

Aportamos impresión de pantalla de los sistemas de mi representada en la cual se observan los consentimientos otorgados por el reclamante, antes de haber sido desmarcada la opción indicada, y el estado final de los sistemas, en los cuales encontramos dicha opción en la actualidad ya desmarcada.

Hemos dado contestación a la petición del reclamante, quien, tras considerar confusa la aplicación Mi Vodafone, y no reconocer haber dado consentimiento a uno de los puntos concretos, mi representada ha procedido proactivamente a desactivar la opción de dicho consentimiento objeto de la controversia.

En la carta enviada por Vodafone al reclamante, con fecha 02/12/19, se indica lo siguiente:

“Por medio de la presente carta, queremos poner en su conocimiento que, la aplicación “Mi Vodafone”, cuenta con un apartado específico, denominado “Permisos y Preferencias”, en el que únicamente los clientes, mediante acceso con clave personal,

pueden acceder y marcar o desmarcar las opciones pertinentes que consideren adecuadas para el tratamiento de sus datos personales y proceder o no a la aceptación de los consentimientos para su uso.

Pese a que la compañía Vodafone no puede acceder a los perfiles de los clientes para modificar tales permisos si no cuenta expresamente con su consentimiento, al tratarse de un caso en el que usted manifiesta su oposición clara para el tratamiento de sus datos de facturación, tráfico y navegación para enviarle comunicaciones comerciales, hemos decidido tratar este caso internamente, y desmarcar dicho consentimiento en los sistemas, cumpliendo así con su petición. Le pedimos disculpas por las molestias que le hayamos podido causar”.

CUARTO: A la vista de los hechos denunciados, de la documentación aportada por las partes y de conformidad con las evidencias de que se dispone, la Inspección de Datos de esta Agencia Española de Protección de Datos consideró que la actuación de la entidad reclamada no cumplía las condiciones que impone la normativa en vigor, por lo que procede la apertura de un procedimiento sancionador. Así, con fecha 12/03/20, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad reclamada, en virtud de los poderes establecidos, por incumplir el principio del consentimiento libre, contemplado en el artículo 7 RGPD, lo que podrían suponer la comisión de una infracción tipificada en el artículo 6 del RGPD, sobre la licitud del tratamiento de los datos personales, sancionable conforme a lo dispuesto en el art. 58.2 del citado RGPD, con una sanción inicial de 40.000 euros, argumentado que:

“El reclamante denuncia que, en su cuenta personal “Mi Vodafone”, apartado “permisos y preferencias” (Privacidad de tus datos), de las 5 casillas relacionadas con los consentimientos para distintos fines, está marcada por defecto y sin su consentimiento la casilla: “Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basadas en esta información”. Considera que esta casilla se ha manipulado”.

También denuncia que el listado de los 5 consentimientos es confuso, puesto que hay consentimientos afirmativos y negativos al mismo tiempo y aporta capturas de pantalla en la que se ven cinco casillas, tres de ellas marcadas.

En las alegaciones presentadas por la entidad reclamada, en ningún momento se niega que las casillas del consentimiento estén previamente marcadas y solo indica que “la entidad no puede acceder a ellas para manipularlas si no cuenta expresamente con el consentimiento del cliente, y que al tratarse de un caso en el que se manifiesta claramente las preferencias del cliente procede a desmarcarlas”.

SÉPTIMO: Notificado el acuerdo de inicio, la entidad reclamada, mediante escrito de fecha 16/04/20, formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones:

“El reclamante indica que, siendo cliente de Vodafone, accedió al área personal de Mi Vodafone vía web y detectó que en el área de “Privacidad de tus Datos”, se encontraba aceptado por su parte un consentimiento con la siguiente descripción “Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basadas en esta información”, sin tener constancia de haber prestado tal consentimiento en ningún momento.

Tras recibir la reclamación, Vodafone actuó con máxima celeridad, y debido a que el reclamante manifestó su oposición clara para el tratamiento de sus datos de facturación, tráfico y navegación para enviarle comunicaciones comerciales, mi representada procedió a desmarcar dicho consentimiento en sus sistemas, a fin de cumplir con la petición del cliente. Dicha actuación contó con la máxima diligencia y celeridad, en tanto quedaron implementados los cambios en su totalidad en fecha 27/11/19, esto es, tan sólo quince días después de recibir la reclamación y, teniendo en cuenta, que las modificaciones en sistemas no se realizan inmediatamente, sino que conllevan cierta tardanza hasta que quedan sincronizados adecuadamente.

Vodafone respondió tanto a la Agencia como al reclamante el 02/12/19, informando sobre las gestiones realizadas, en concreto, (i) modificación del consentimiento del reclamante para no recibir comunicaciones comerciales manifestado a través de la reclamación y, (ii) explicación sobre el funcionamiento del área personal de Mi Vodafone (vía web y vía app). Respecto a esto último, se puso de manifiesto que a Mi Vodafone accede única y exclusivamente el cliente titular con su correspondiente usuario y contraseña. Dentro de ese entorno donde figura toda la información de los servicios y datos de cliente, también se encuentra en un apartado específico denominado "Permisos y Preferencias" al que se llega accediendo a "Datos Personales" (vía web) o "Mi Cuenta" (vía app), la gestión personal de los consentimientos por parte del cliente donde puede marcar o desmarcar las distintas opciones que considere adecuadas para el tratamiento de sus datos personales y, de esta manera proporcionar su consentimiento o no a Vodafone._

En definitiva, las casillas de otorgamiento de consentimientos expresos para el tratamiento de datos personales de los interesados en relación a finalidades que así lo requieren, en ningún caso y bajo ningún concepto vienen pre-marcadas y es el cliente o interesado quien decide qué, cuándo y cómo quiere voluntariamente marcar o no las casillas de consentimiento expreso.

Únicamente los clientes tienen potestad para gestionar sus permisos y preferencias mediante esta aplicación, por lo que Vodafone no puede acceder a los mismos, ni modificarlos, si no cuenta expresamente con el consentimiento del cliente. Esto, de manera implícita, pone de relevancia que (i) Vodafone no manipula los consentimientos otorgados por el interesado y, (ii) Vodafone no modifica las casillas, salvo que el cliente se lo pida de manera expresa (como mi representada entendió que así lo hacía el reclamante a través de la reclamación). Es decir, no existe un consentimiento tácito, si el cliente no marca las casillas Vodafone no puede tratar sus datos para las finalidades de tratamiento que requieren un consentimiento expreso del interesado.

La Agencia establece en el Fundamento de Derecho II del Acuerdo de Inicio de procedimiento sancionador que, "en las alegaciones presentadas por la entidad reclamada, en ningún momento se niega que las casillas del consentimiento estén previamente marcadas y solo indica que: a).- la entidad no puede acceder a ellas para manipularlas si no cuenta expresamente con el consentimiento del cliente, y b).- que al tratarse de un caso en el que se manifiesta claramente las preferencias del cliente procede a desmarcar el consentimiento en sus sistemas."

En este sentido, mi representada quiere poner de manifiesto de una manera clara y rotunda, que las casillas de otorgamiento de consentimiento expreso de los interesados para ciertos tratamientos de datos no vienen bajo ningún motivo pre-marcadas. La gestión de los consentimientos para el tratamiento de los datos por

parte de Vodafone es un sistema claro y transparente para todos sus clientes porque pueden acceder al mismo tanto vía web como vía app y modificarlo en cualquier momento y cuantas veces quieran. Esta forma de solicitar y presentar los consentimientos nace del proyecto para la correcta implementación de los permisos para el tratamiento de datos personales derivados de las modificaciones legales introducidas por el RGPD y LSSI.

Previo al RGPD el consentimiento tácito estaba permitido, de ahí la transformación a la hora de recabar los consentimientos de los clientes por parte de Vodafone. Estos consentimientos, que mi representada agrupa y denomina como “Permisos y Preferencias” están incluidos sin pre-marcar en todos los modelos de contratos, de manera que un cliente en el momento de leer y firmar las condiciones contractuales del servicio tiene la opción de marcar según estime oportuno los consentimientos expresos que otorga a Vodafone para el tratamiento de sus datos que sustenten su base de legitimación en el consentimiento expreso del artículo 6.1.a) del RGPD.

Estos Permisos figuran en todos los modelos contractuales: contratación presencial, online o televenta. A continuación, esta información queda almacenada en los sistemas de Vodafone, en el perfil del cliente. Por tanto, si un cliente por alguno de estos canales de contratación marca alguna casilla se entenderá que ha dado su consentimiento y figurará en su ficha de cliente. Mi representada no marca los permisos y preferencias del cliente si éste no ha dado su consentimiento expreso para ello previamente.

Acabamos de explicar la situación con la que se encuentran los nuevos clientes de Vodafone a la hora de recabar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales según las finalidades descritas, la cual se extrapola a todas aquellas personas que ya eran clientes de Vodafone a la hora de lanzar la funcionalidad de Permisos y Preferencias. En ninguna circunstancia, ni en los sistemas ni en el entorno de Mi Vodafone aparecen pre-marcadas las casillas hasta que el cliente lo hace personalmente, por tanto, hasta ese momento, mi representada no puede tratar los datos personales del cliente para las finalidades que requieren dichos consentimientos. Por tanto, respecto a los clientes de cartera, bien hasta que ellos no se pongan en contacto con Vodafone para autorizar y dar de manera expresa su consentimiento, o bien accedan directa y personalmente a Mi Vodafone para dar su consentimiento, Vodafone no puede tratar sus datos personales.

Un cliente puede cambiar de parecer en cualquier momento, por tanto, para que pueda gestionar esos cambios de una manera más sencilla, rápida y cómoda, y no sólo lo solicite a través del Servicio de Atención al Cliente de mi representada, puede acometer esta gestión a través del entorno privado de Mi Vodafone en el apartado de Permisos y Preferencias. Mi Vodafone les facilita acceder en cualquier momento y lugar y gestionar sus consentimientos como estimen oportuno. Siendo esto una muestra de la transparencia y compromiso de Vodafone con la gestión del tratamiento de los datos.

En todo caso, aclarar que Vodafone a la hora de gestionar los consentimientos de sus clientes siempre tendrá en cuenta su última voluntad, es decir, el último cambio que conste en sistemas realizado por el cliente con independencia si se realizó a través del Servicio de Atención al Cliente o Mi Vodafone. De todo lo dicho hasta el momento se deduce de manera clara que Vodafone:

- No tiene pre-marcadas las casillas de consentimientos expresos de sus clientes, sino que son ellos quienes marcan o no sus permisos y preferencias para el tratamiento de sus datos.
- Es imposible que Vodafone manipule o altere los consentimientos de sus clientes.
- Vodafone sólo puede gestionar los Permisos y Preferencias de un cliente cuando hay una petición expresa, por ejemplo, a través del Servicio de Atención al Cliente o una reclamación de la Agencia.

Por tanto, respecto al caso concreto del reclamante, la única razón por la que la casilla de "Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basadas en esta información", aparece marcada es bien porque él mismo a la hora de contratar el servicio lo marcó, bien en algún momento accedió a la app de Mi Vodafone y lo marcó, o bien se puso en algún momento en contacto con Vodafone y dio su consentimiento para ello. No ha habido manipulación alguna por parte de Vodafone.

Si esas casillas aparecen marcadas es porque el reclamante en algún momento usando algunas de las vías ya mencionadas, marcó esas dos casillas poniendo de manifiesto su voluntad para el tratamiento de datos por parte de Vodafone. Porque, recordemos, esas dos casillas por defecto no están pre-marcadas. Así como el hecho de que los otros dos consentimientos no estén marcados. Por tanto, eso demuestra que en algún momento el reclamante gestionó sus consentimientos y estableció sus Permisos y Preferencias para el tratamiento de los datos por parte de Vodafone, aunque no consiga acordarse del momento exacto en que lo hizo.

En concreto, de la copia de pantalla de los sistemas de mi representada que se observa a continuación, el reclamante otorgó su consentimiento para el tratamiento de datos de tráfico y facturación el 27/05/17 a través de una llamada al call center o Servicio de Atención al Cliente de Vodafone. Por lo que no se puede imputar a Vodafone el incumplimiento del artículo 7 del RGPD, dado que la evidencia de aceptación de los tratamientos de datos plasmados en Mi Vodafone es el propio log que registra el sistema cuando se marcan las casillas oportunas y se guardan dichos cambios.

A la hora de gestionar un cambio en los Permisos y Preferencias en Mi Vodafone (vía web y app), no es tan sencillo como marcar una casilla, sino que se requiere una doble confirmación. A continuación, se muestra un ejemplo de un caso en particular donde, teniendo las dos últimas casillas marcadas, se va a realizar un cambio desmarcando las que aparecen seleccionadas en primera instancia y marcando dos casillas distintas. Cuando se realiza un cambio aparece una ventana emergente al final de la página donde se contabiliza el número de cambios que el interesado ha hecho y se solicita guardar dichos cambios. De no hacerlo, todo permanecerá igual. En las siguientes capturas de pantalla se puede evidenciar esta doble confirmación de seguridad:

Mi representada interpretó que el reclamante no quería recibir comunicaciones comerciales personalizadas basadas en sus datos de tráfico, navegación y facturación, por lo que, al estar marcada esa opción en su perfil y el reclamante no estar conforme con ello, Vodafone procedió a modificar en el perfil de cliente del reclamante este consentimiento, otorgando el ejercicio de su derecho de oposición a dicho tratamiento de datos. Una medida que mi representada consideró adecuada al tener constancia del ma-

lestar del reclamante por escrito y, entender que disponía de su consentimiento para acometer dicho cambio, a tenor de la definición de “consentimiento del interesado”, recogido en el Considerando 32 del RGPD: “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal”.

Respecto a la apreciación que realiza la Agencia del artículo 4.11 del RGPD en su Fundamento de Derecho III sobre “el consentimiento del interesado en el tratamiento de sus datos personales 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”, esta parte se remite a lo ya dicho en el Fundamento de Derecho anterior, por el cual se ha explicado la gestión de los consentimientos de los clientes.

Vodafone no trata datos de sus clientes si no dispone de los consentimientos correspondientes recogidos de manera voluntaria a través de la sección Permisos y Preferencias articulada tanto en el contrato como en el entorno privado digital de Mi Vodafone. La manera en que está articulada la gestión de los consentimientos por parte de mi representada cumple con los requisitos establecidos por el RDPD. Se encuentran en Mi Vodafone, dentro de la sección de “Datos Personales” (via web) o “Mi Cuenta” (via app) bajo el epígrafe de Permisos y Preferencias. Es accesible por el cliente donde y cuando quiera y en ella se le informa de la finalidad del tratamiento en cada uno de los supuestos de una manera clara e inequívoca. Esto lo podemos observar de las capturas de pantalla que extraemos del apartado Permisos y Preferencias del entorno web de Mi Vodafone (el mismo contenido se visualiza en la app sólo que adaptado al formato de pantalla móvil) que se pueden ver a continuación:

Se puede observar que, al final de la sección el cliente puede hacer “click” en el enlace “Ver más detalles” donde se le proporciona más información sobre el tratamiento de los datos en cada uno de los supuestos, como se detalla a continuación:

Queda demostrado con ello que Vodafone tiene implementada una herramienta muy completa y sólida para la gestión de los consentimientos de los clientes a través de la cual ellos pueden manifestar libre y voluntariamente sus preferencias al facilitar toda la información de manera completa, inequívoca y transparente, basado en un modelo de información por capas como recoge la propia Agencia en su Guía para el cumplimiento del deber de informar, el RDPD y, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de septiembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPD”), en concreto el art. 11 de la LOPD señala: “Cuando los datos de carácter personal sean obtenidos del afectado a través de redes de comunicaciones electrónicas o en el marco de la prestación de un servicio de la sociedad de la información, (...) el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información (...) 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.”

Siguiendo el razonamiento de la Agencia en el Fundamento de Derecho III en el que, tras analizar la importancia y características del consentimiento, concluye que: “En el caso que nos ocupa, la entidad reclamada utiliza, para la recopilación del

consentimiento de los clientes, un cuestionario donde existen casillas pre-marcadas. También se comprueba que los consentimientos son confusos, puesto que hay consentimientos afirmativos y negativos al mismo tiempo e incluso podrían llegar a ser contradictorios como el de: “Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basada en esta información” y “No acepto que Vodafone me envíe comunicaciones comerciales relevantes sobre productos, servicios, ofertas, descuentos y promociones de Vodafone”.

En primer lugar, quiere Vodafone poner de nuevo de manifiesto que los consentimientos no se presentan a través de casillas pre-marcadas, sino que es cada cliente de manera voluntaria quien marca las casillas que estima pertinentes de acuerdo a sus preferencias para que mi representada trate sus datos personales acorde a ello. Al no venir pre-marcadas, significa que por defecto Vodafone no tratará los datos personales para las finalidades de tratamiento que requieren el consentimiento de sus clientes, es decir, sus datos personales no serán tratados de la siguiente forma:

- No se utilizarán los datos de localización para ofrecer productos y servicios de Vodafone acorde a las necesidades del cliente.
- No se utilizarán los datos de facturación, tráfico y navegación para enviar comunicaciones comerciales personalizadas basadas en dicha información.
- No se enviarán comunicaciones comerciales con ofertas que pudieran ser del interés del cliente procedentes de terceras empresas con las que Vodafone tenga acuerdos.

Únicamente si el cliente da su consentimiento expreso marcando estas casillas, en el momento de la contratación, en un momento posterior o a través del Servicio de Atención al Cliente, Vodafone podrá tratar sus datos personales con esas finalidades.

En segundo lugar, respecto a la confusión aludida tanto por el reclamante como ahora por la Agencia sobre la redacción de los Permisos y Preferencias, Vodafone niega que exista confusión. En la lista de permisos y preferencias se recogen los consentimientos expresos que los interesados pueden otorgar a Vodafone, así como se facilita el ejercicio del derecho de oposición a ciertos tratamientos de datos para los que Vodafone cuenta con una base jurídica del tratamiento distinta al consentimiento. Es más, cabe destacar que Vodafone es la única operadora en el mercado español que facilita tantas opciones al usuario para la gestión del tratamiento de sus datos personales de un manera clara y sencilla. Esto se ha podido demostrar en acciones tan recientes como la comunicación de datos anonimizados y agregados de las operadoras al INE para elaborar un estudio de movilidad de los españoles el pasado mes de noviembre. Sólo mi representada a través de Mi Vodafone en el apartado de Permisos y Preferencias permitía que sus clientes marcaran la casilla correspondiente para oponerse a que sus datos de localización fuesen comunicados. En el caso de Orange había que solicitarlo por email y Telefónica no daba ninguna opción.

Entrando más en detalle sobre esta cuestión, son cinco los Permisos y Preferencias los cuales se agrupan en dos grandes bloques. Los tres primeros comienzan con “Acepto”:

Son los permisos denominados “opt-in” por los cuales el cliente manifiesta, de acuerdo a RGPD, LOPD y LSSI, de manera expresa su consentimiento para que Vodafone pueda tratar sus datos personales para el envío de comunicaciones comerciales.

Finalidades claramente explicadas en el apartado “Ver más detalles” como ya se ha explicado en el Fundamento anterior y requieren de dicho consentimiento como base jurídica en cumplimiento del artículo 6 del RGPD.

A mayor abundamiento, y con el ánimo de proporcionar todavía más información y facilidades a los clientes de Vodafone entendiendo su preocupación por el correcto uso y tratamiento de sus datos personales por parte de mi representada, se establece un segundo bloque de preferencias:

Son los permisos denominados “opt-out” y que facilitan el ejercicio del derecho de oposición al tratamiento de datos de una forma automática.

El “opt-out” que hace referencia al envío de comunicaciones sobre productos, servicios y ofertas de Vodafone, se trata de un derecho de oposición a un tratamiento de datos que no requiere como base jurídica el consentimiento expreso del interesado, sino que la base legal del mismo se enmarca en la ejecución del contrato en el que el interesado es parte. Así lo establece la legislación especial aplicable sobre la normativa de protección de datos en este caso como es la LSSI, en su artículo 21.2. en el que se establece como excepción a la prohibición del envío de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes sin consentimiento previo, que exista una relación contractual previa entre el proveedor de servicios y el cliente y las comunicaciones sean referentes a productos o servicios de la propia empresa y similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

Asimismo, se enmarca dentro de los casos de interés legítimo como se recoge en el Considerando 47 del RGPD que “recuerda que el interés legítimo de un responsable, de un cesionario o de un tercero, “puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable”.

Tal y como pide la norma y también queda recogido en los informes del Gabinete Jurídico de la Agencia 2018-0173 y 2017-0195, internamente se llevó a cabo un “evaluación minuciosa” teniendo en cuenta si “los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior”. Siguiendo las directrices marcadas por la Agencia, se entiende que existe un interés legítimo “cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente”, que es exactamente la relación entre Vodafone y su cartera de clientes a los que les presta los servicios de telecomunicaciones. Además, continúan ambos informes indicando como ejemplo que no es necesario la obtención del consentimiento para aquellos supuestos referidos “a comunicaciones relativas a “productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”.

Esto es justamente a lo que se refiere el primero de los permisos de este segundo bloque. En concreto, la posibilidad de recibir ofertas de productos y servicios de Vodafone. Por tanto, este apartado estaría amparado en la doctrina del interés legítimo de manera que mi representada no tendría ni siquiera que contemplar la posibilidad y dar la opción a sus clientes. Sin embargo, y como venimos repitiendo a lo largo de todo el escrito, Vodafone quiere ser una entidad transparente para sus

clientes y está profundamente comprometida con la gestión y tratamiento de los datos personales. Por eso, cada una de sus acciones van encaminadas a ello, siendo ésta una de ellas al permitir a sus clientes incluso bloquear la posibilidad de recibir ofertas propias de Vodafone. El que la fórmula utilizada sea la de “opt-out” es para diferenciar del resto de permisos, cuyo consentimiento si ha de ser expreso, mientras que en esta opción no es necesario al existir interés legítimo.

El último de los apartados, también bajo la fórmula de “opt-out”, es el relativo a la comunicación de datos anonimizados y agregados basados en la navegación, tráfico, facturación y localización a otras entidades. El motivo por el cual no aparece como “opt-in” es por la naturaleza en sí misma de los datos que se tratan, dado que no se requiere un consentimiento expreso del interesado en el tratamiento de estos datos para dicha finalidad por los motivos que se explican a continuación. Los datos a los que hace referencia son datos anónimos y agregados y, por tanto, desde ese mismo momento ya no tienen la consideración de datos personales, la privacidad de los clientes queda completamente protegida porque no es posible su identificación de manera que, respecto a dichos datos no es posible aplicar ninguna norma sobre protección de datos. Esta afirmación tan categórica viene recogida en el Considerando 26 del RGPD: “Por lo tanto los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación.” Una vez más queda patente que Vodafone cumple con la normativa en materia de protección y da un paso más allá al ofrecer más posibilidades a sus clientes en la gestión del tratamiento de sus datos personales porque, en este caso, mi representada no tendría por qué proporcionar esta opción ya que la información a tratar en este último permiso al estar anonimizada no tiene la consideración de datos personales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, mi representada quiere resaltar la falta de intencionalidad infractora en este supuesto de hecho, en tanto Vodafone ha actuado conforme a la normativa existente en la materia, en pro de salvaguardar el interés y la correcta comprensión de los usuarios a la hora de otorgar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. En este sentido, se ha visto, además, cómo el entorno privado de Mi Vodafone (vía app o web) es un medio sencillo, electrónico, y gratuito, por el cual los clientes puedan acceder a los Permisos y Preferencias para gestionar el tratamiento de sus datos personales. Por ello, esta parte considera y defiende que la actuación de mi representada ha sido diligente, y de acuerdo a la legalidad.

Es relevante resaltar la derogación del artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establecía que “sólo podrán, sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativas las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”. Su sustitución por el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público elimina la mención a la “simple inobservancia” haciendo prevalecer la regla “nullum poena sine culpa”, principio básico que implica la exclusión de imposición de sanciones por el mero resultado, sin atender a la conducta negligente del administrado no hace más que excluir la aplicabilidad de sanción alguna con base en esta causa.

Lo anterior, no viene sino a poner de manifiesto la falta de cabida de la responsabilidad sin culpa, principio que rige o ha de regir en el ámbito administrativo sancionador, pues en la medida que es manifestación de "ius puniendi" del Estado, resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico un régimen de responsabilidad sin culpa.

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 219/1988, indicaba que el elemento definidor de la culpa es subjetivo, en su doble significado de voluntariedad en la acción u omisión y responsabilidad personal o por actos propios. Por consiguiente, se rechaza por el alto Tribunal la posibilidad de que exista en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad sin culpa, si falla uno de los dos elementos, como es el caso de que nos ocupa, dado que no es posible encontrar ni el menor atisbo de voluntariedad a la hora de cometer una infracción.

Queda por ende claro que, en la realización objetiva de la acción como infracción administrativa, sin hacer referencia a la voluntariedad del sujeto infractor, como es el caso que nos ocupa, no puede ser objeto de infracción, y ello por resultar inadmisibile un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa como igualmente viene a señalar la Sentencia 246/1991. No podrá ser sancionada mi representada por infracción del artículo 6 de la LOPDGDD y el RGPD y el artículo 7 del RGPD, sin que se haga referencia al elemento subjetivo del tipo, no demostrándose ni dolo, ni culpa, ni negligencia. Adicionalmente, teniendo en cuenta la especial naturaleza del Derecho sancionador que determina la imposibilidad de imponer sanciones sin tener en cuenta la voluntad del sujeto actor o los factores que hayan podido determinar el incumplimiento de una obligación legal, esta parte mantiene la improcedencia de la imposición de sanción alguna.

Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1998 (RJ1998/10226) dispone que "el derecho a la presunción de inocencia se erige como fundamental, dentro de las garantías procesales constitucionalizadas del párrafo 2.º del artículo 24 de la Constitución, y se concreta en un contenido constitucional que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo han significado, señalando que nadie puede ser condenado, en su caso, o sancionado administrativamente sin un mínimo de actividad probatoria lícito y legítimamente obtenido, que demuestre la culpabilidad del imputado, como esta Sala ha declarado, entre otras, en Sentencias de 20 enero 1996 (RJ 1996\695) (Recurso de Apelación 9074/1991), 27 enero 1996 (RJ 1996\926) (Recurso de Apelación 640/1992) y 20 enero 1997 (RJ 1997\257) (Recurso de Apelación 2689/1992)".

También señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de julio de 1990, Ar. 6163, establece que, "participando el régimen administrativo sancionador del carácter del derecho punitivo, el principio de «nulla pena sine culpa» está correctamente aplicado en la sentencia de la Sala Territorial, debiendo presumirse por tanto la ausencia de intencionalidad en la infracción y en consecuencia la improcedencia de la sanción cuando se ha justificado que la no inclusión de mercancías en el manifiesto ha sido debida a error oportunamente subsanado".

Como puede apreciarse, en la conducta descrita no concurre intencionalidad alguna, ni a título de dolo, ni a título de culpa. Por consiguiente, no existiendo culpabilidad alguna, resulta de todo punto improcedente imponer sanción alguna a mi representada, en cuanto falta uno de los requisitos esenciales del Derecho Administrativo sancionador. Todo ello teniendo en cuenta que ha quedado evidenciado que:

- Vodafone no tiene pre-marcadas las casillas de sus Permisos y Preferencias, sólo cuando el cliente da su consentimiento expreso, mi representada puede tratar sus datos para los fines detallados.
- Solo el cliente puede otorgar su consentimiento a Vodafone para tratar sus datos, bien cuando firma el contrato de prestación de servicios, o cuando ya es cliente, bien por el Servicio de Atención al Cliente bien por el entorno privado de Mi Vodafone.
- Vodafone gestionó la petición de no recibir comunicaciones comerciales del Sr. González cuando tuvo conocimiento de ello a través de la reclamación.
- Vodafone cumple con la normativa en materia de protección de datos a la hora de establecer las distintas opciones de consentimiento en los Permisos y Preferencias:
- Opt-in para los casos en los que se necesita el consentimiento expreso, libre, informado e inequívoco.
- Opt-out para el supuesto amparado en la ejecución del contrato y el interés legítimo.
- Opt-out para el tratamiento de datos anonimizados y agregados que, por tanto, no tienen la consideración de datos personales por lo que no le es de aplicación la normativa.

Lo procedente es que la Agencia Española de Protección de Datos acuerde el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones ya que los hechos se han producido sin intencionalidad alguna por parte de mi representada.

Subsidiariamente y para el caso de que a pesar de las explicaciones anteriormente facilitadas, la Agencia entendiera que mi representada es merecedora de una sanción por la comisión de una infracción de los artículos 6 y 7 del RGPD, la cuantía de dicha sanción deberá moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias recogidas en el art. 83.2 del RGPD:

- El tratamiento de los datos se ha realizado localmente.
- La celeridad con la que Vodafone resolvió el problema, dos semanas después a la recepción de la reclamación tomando en consideración que los cambios en los sistemas informáticos no pueden realizarse de manera inmediata.
- No se produjo ningún tipo de perjuicio económico
- No existe ninguna intencionalidad por parte de Vodafone en los hechos reclamados.
- No se tratan categorías de datos sensibles en ningún caso por Vodafone.
- Mi representada está adoptando toda la diligencia que le puede ser exigida para asegurar que los procesos de otorgamiento de consentimiento para la recepción de campañas publicitarias se realizan correctamente a través de los medios electrónicos puestos a disposición de los clientes, mediante la aplicación Mi Vodafone, así como la página web de Vodafone.

Se solicita: El sobreseimiento del expediente, con el consiguiente archivo de las actuaciones y Subsidiariamente, imponer a mi representada las sanciones por infracciones leves en su grado mínimo”.

OCTAVO: Con fecha 21/04/20, se inició el período de práctica de pruebas, acordándose: a).- dar por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por la denunciante y su documentación, los documentos obtenidos y generados que forman parte del expediente E/10699/2019 y b).- dar por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00456/2019, presentadas por la entidad denunciada.

NOVENO: Con fecha 29/07/20, se notifica a la entidad reclamada la propuesta de resolución en la que se propone que, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se proceda al ARCHIVO del presente procedimiento sancionador al no existir vulneración de lo estipulado en el RGPD, y que se requiera a la entidad para que, proceda a separar o diferenciar claramente los actos de consentimiento afirmativo de los actos de “oponerse al tratamiento de los datos anonimizados” y a “recibir comunicaciones promocionales de la compañía”.

Tras la notificación de la propuesta de resolución, NO se ha recibido en esta Agencia alegaciones a la misma, en el periodo concedió a efecto.

A la vista de todo lo actuado, por parte de la Agencia Española de Protección de Datos en el presente procedimiento se consideran hechos probados los siguientes,

HECHOS PROBADOS

1º.- Con fecha 27/06/19, el reclamante denuncia que, en la página web de la compañía Vodafone, donde se da el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, ha comprobado que una de las preguntas que se hace a los clientes para solicitar su consentimiento, está premarcada en “acepto”, concretamente, la casilla perteneciente a la pregunta: “Acepto que Vodafone trate mis datos de facturación, tráfico y navegación para enviarme comunicaciones comerciales personalizadas basadas en esta información”. También se denuncia que, el listado de cuestiones donde se solicita el consentimiento es confuso pues hay consentimientos afirmativos y negativos al mismo tiempo.

2º.- Con fecha 02/12/19, Vodafone argumenta que ellos no pueden acceder a la página de los consentimientos para manipularlos si no cuenta expresamente con la autorización del cliente, y que al tratarse de un caso en el que se manifiesta claramente las preferencias del cliente procede a desmarcar el consentimiento en sus sistemas. En ningún momento, la entidad niega que las casillas del consentimiento estuvieran previamente marcadas.

3º.- Con fecha 12/03/20, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad reclamada, por presunta infracción del artículo 6 del RGPD, referente a la licitud del consentimiento.

4º.- Con fecha 16/04/20, la entidad reclamada, remite a esta agencia alegaciones a la incoación del expediente indicando, en esencia que:

- a. Sobre las casillas premarcadas.- las casillas de otorgamiento de consentimientos expresos para el tratamiento de datos personales de los interesados con relación a finalidades que así lo requieren, en ningún caso y bajo ningún concepto vienen premarcadas y es el cliente o interesado quien decide

qué, cuándo y cómo quiere voluntariamente marcar o no las casillas de consentimiento expreso. Únicamente los clientes tienen potestad para gestionar sus permisos y preferencias mediante esta aplicación, por lo que Vodafone no puede acceder a los mismos, ni modificarlos, si no cuenta expresamente con el consentimiento del cliente. La única razón por la que la casilla aparece marcada es bien porque el reclamante a la hora de contratar el servicio lo marcó, bien en algún momento accedió a la app de Mi Vodafone y lo marcó, o bien se puso en algún momento en contacto con Vodafone y dio su consentimiento para ello. No ha habido manipulación alguna por parte de Vodafone para que esa casilla aparezca marcada. La entidad aporta el pantallazo de la página web, donde se solicita el consentimiento de los clientes, con las casillas en blanco, sin premarcar.

- b. Sobre la existencia de preguntas contradictorias (afirmativas y negativas), en el cuestionario.- Las cuestiones negativas: “no acepto”, se refieren a permisos denominados “opt-out”, que facilitan el ejercicio del derecho de oposición al tratamiento de datos de una forma automática:
 - o El “opt-out”: “No acepto que Vodafone me envíe comunicaciones comerciales relevantes sobre productos, servicios, ofertas, descuentos y promociones de Vodafone”, se trata de un derecho de oposición a un tratamiento de datos que no requiere como base jurídica el consentimiento expreso del interesado, sino que la base legal del mismo se enmarca en la ejecución del contrato en el que el interesado es parte. Así lo establece la legislación especial aplicable sobre la normativa de protección de datos en este caso como es la LSSI, en su artículo 21.2.
 - o El “opt-out”: “No acepto que Vodafone ceda datos anonimizados y agregados basados en mi navegación, tráfico, facturación y localización a otras entidades”. se trata de un derecho de oposición que no requiere un consentimiento expreso del interesado en el tratamiento de estos datos para dicha finalidad, ya que son datos anónimos y agregados y, por tanto, no tienen la consideración de datos personales. La privacidad de los clientes queda completamente protegida porque no es posible su identificación de manera que, respecto a dichos datos no es posible aplicar ninguna norma sobre protección de datos. Esta afirmación viene recogida en el Considerando 26 del RGPD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58.2 del RGPD en el art. 47 de LOPDGDD.

II

La valoración conjunta de la prueba documental obrante en el procedimiento trae a conocimiento de la AEPD una visión de la actuación denunciada que ha quedado reflejada en los hechos declarados probados arriba relatados.

En el presente caso, la denuncia versaba sobre dos posibles infracciones al RGPD:

a). Por una parte, se denuncia que, en la página donde la entidad, recoge el consentimiento de los clientes para tratar sus datos personales, existen casillas que ya están premarcadas antes de que el cliente de o no su consentimiento. En este caso, ante el requerimiento de esta Agencia para que la compañía diera explicaciones a esta parte de la denuncia, ésta en ningún momento negó tal afirmación, limitándose a informar que, *“la entidad no puede acceder a la página de los consentimientos para manipularlos si no cuenta expresamente con la autorización del cliente, y que al tratarse de un caso en el que se manifiesta claramente las preferencias del cliente procede a desmarcar el consentimiento en sus sistemas”* y no es hasta que, esta Agencia inicia el expediente sancionador, cuando la compañía aporta prueba, remitiendo pantallazo de la página de recogida del consentimiento, donde se aprecia que las casillas están en blanco, (sin premarcar), declarando en este momento que: *“las casillas de otorgamiento de consentimientos expresos para el tratamiento de datos personales de los interesados con relación a finalidades que así lo requieren, en ningún caso y bajo ningún concepto vienen premarcadas y es el cliente o interesado quien decide qué, cuándo y cómo quiere voluntariamente marcar o no las casillas de consentimiento expreso”*.

b).- Por lo que respecta a la segunda parte de la denuncia, donde se indica que el listado de consentimientos que solicita la compañía, es confuso ya que hay consentimientos afirmativos y negativos al mismo tiempo, la compañía alega que los consentimientos negativos se refieren a permisos denominados “opt-out”, y que facilitan el ejercicio del derecho de oposición al tratamiento de datos de una forma automática. Las dos opciones negativas son:

- *“No acepto que Vodafone me envíe comunicaciones comerciales relevantes sobre productos, servicios, ofertas, descuentos y promociones de Vodafone”*
- *“No acepto que Vodafone ceda datos anonimizados y agregados basados en mi navegación, tráfico, facturación y localización a otras entidades”*

Pues bien, en un primer momento vemos como se solicita el consentimiento mediante un acto de inacción, en el cual si el cliente desea que le envíen comunicaciones comerciales de Vodafone o que la compañía ceda sus datos anonimizados basados en la navegación a otras entidades debe dejar sin marcar la casilla. Pero este acto de, “no marcar la casilla” da lugar a preguntarse si el cliente realmente desea que le envíen comunicaciones comerciales y cedan sus datos anonimizados o por el contrario no marcó la casilla por un despiste o cualquier otro motivo y realmente lo que deseaba es que NO le enviaran comunicaciones comerciales o NO deseaba que sus datos anonimizados fueran cedidos, dando lugar a una situación dudosa.

En este sentido, el considerando 32) del RGPD, indica que: *“El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen... Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos...”*

Los artículos 6 y 7 del mismo RGPD se refieren, respectivamente, a la “Licitud del tratamiento” y las “Condiciones para el consentimiento”, además procede tener en cuenta, igualmente lo establecido en el artículo 6 de la LOPDGDD sobre el tratamiento basado en el consentimiento del afectado: *“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.*

De acuerdo con lo expresado, con este mecanismo no se da opción para que el cliente preste su consentimiento a los tratamientos de que se trate, sino que el consentimiento se pretende recabar mediante la inacción del interesado, (“no marcar las casillas en las que se indica “NO acepto...”), en contra de lo establecido en el RGPD.

En este caso, no se trata de una acción afirmativa, sino de una pura inacción que no asegura que el interesado otorga inequívocamente el consentimiento (se considera que, cuando marcas algo es porque lo quieres, no porque no lo quieres); ya que puede no haber entendido la doble negación; o puede no haberse prestado la atención debida al leer las indicaciones en cuestión. Se trata, en definitiva, de un consentimiento que pretende deducirse de la inacción y, por tanto, contrario al RGPD, no se cumple el requisito según el cual *“el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen”, entendiéndose que “la inacción no debe constituir consentimiento”* (Considerando 32 del RGPD).

No obstante, la entidad reclamada alega que: el “opt-out”: *“No acepto que Vodafone me envíe comunicaciones comerciales relevantes sobre productos, servicios, ofertas, descuentos y promociones de Vodafone”,* se trata de un derecho de oposición a un tratamiento de datos que no requiere como base jurídica el consentimiento expreso del interesado, sino que la base legal del mismo se enmarca en la ejecución del contrato en el que el interesado es parte. Así lo establece la legislación especial aplicable sobre la normativa de protección de datos en este caso como es la LSSI, en su artículo 21.2.

El art 21 de la LSSI, sobre la *“prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes”,* indica:

1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo

y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

En base a lo estipulado en el citado artículo 21 de la LSSI, la entidad reclamada puede enviar comunicaciones publicitarias o promocionales sobre sus productos, servicios, ofertas, o descuentos, siempre que sea por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, al existir una relación contractual previa entre ambos, ofreciendo además, la posibilidad de oponerse al envío, según se marca en el apartado segundo del citado artículo.

No obstante, todo esto choca con lo indicado anteriormente sobre que el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada y afirmativa, del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen. Por lo que este acto de “oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales de la propia compañía”, debería estar separado o claramente diferenciado de los otros actos de consentimiento afirmativos.

Respecto al otro “opt-out”: *“No acepto que Vodafone ceda datos anonimizados y agregados basados en mi navegación, tráfico, facturación y localización a otras entidades”*. La entidad alega que se trata de un derecho de oposición que no requiere un consentimiento expreso del interesado en el tratamiento de estos datos para dicha finalidad, ya que son datos anónimos y agregados y, por tanto, no tienen la consideración de datos personales.

La compañía alega que, *“la privacidad de los clientes queda completamente protegida porque no es posible su identificación de manera que, respecto a dichos datos no es posible aplicar ninguna norma sobre protección de datos”*.

Esta afirmación viene recogida en el Considerando 26 del RGPD: *“Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente*

Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación”.

Por lo tanto, y según el considerando 26, aludido anteriormente, el tratamiento de datos anonimizados basados en la navegación, el tráfico, la facturación o la localización, que realiza la entidad, no debería estar supeditado al RGPD. No obstante, el posibilitar que el cliente se niegue a que la información obtenida sea tratada por la entidad en el mismo cuestionario donde se pide el consentimiento puede dar lugar a una situación contradictorias y dudosas. Por lo que este acto de “oponerse al tratamiento de los datos anonimizados”, debería estar separado o claramente diferenciado de los otros actos de consentimiento afirmativos.

Por lo tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto, Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

RESUELVE:

ARCHIVAR: el procedimiento PS/00456/2019, iniciado a la entidad VODAFONE ESPAÑA SAU, con C.I.F.: A80907397,

REQUERIR: a la entidad VODAFONE ESPAÑA SAU., para que, en el plazo de un mes desde este acto de notificación de la resolución, proceda a separar o diferenciar claramente los actos de consentimiento afirmativo de los actos de oposición, como el de “oponerse al tratamiento de los datos anonimizados” y el de “recibir comunicaciones promocionales de la compañía”.

NOTIFICAR: el presente Acuerdo a la entidad VODAFONE ESPAÑA SAU.

De conformidad con lo establecido el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13/07, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos