A VUELTAS CON EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL. ¿ES EQUIPARABLE EL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR CON LA INCLUSIÓN DE UNA CASILLA YA MARCADA POR EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO? *

A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2020

Alba García Hernández
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 18 de noviembre de 2020

Con objeto del asunto C-61/19 que enfrenta a Orange Rumanía S.A. y a la Autoridad Nacional de Supervisión del Tratamiento de Datos Personales rumana (Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal [en adelante, ANSPDCP]), la Sala Segunda del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TSJUE) se ha manifestado en la línea de que el consentimiento prestado por el consumidor en el momento de la firma del contrato de telefonía ha de ser una expresión de voluntad palmaria y plenamente informada, especialmente cuando tal circunstancia se

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9996 financiado con cargo a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).

refiere al tratamiento de datos de carácter personal, no reconociéndose como lícita la utilización de casillas previamente marcadas por el responsable de tal tratamiento.

1. Antecedentes

Partiendo de la anterior premisa, Orange Rumania S.A. (en adelante, Orange), como prestadora de servicios de telecomunicaciones móviles, fue sancionada económicamente con el pago de una multa por la autoridad rumana encargada de velar por la protección de datos en aquel país, con motivo de la conservación de copias de los documentos de identidad de sus clientes sin haber recabado consentimiento válido por parte de los usuarios, pues los contratos incorporaban una cláusula con una casilla previamente marcada por la empresa de telefonía por la que se aceptaba –de manera anticipada– el consentimiento del contratante respecto al tratamiento y conservación de datos personales, además de referirse esta estipulación a otras cuestiones de muy diversa naturaleza. No solamente se le impuso por esta razón sanción pecuniaria, sino que, además, se le conminó a la destrucción de tal documentación.

Ante esta circunstancia, la teleoperadora recurrió la decisión argumentando que la información ofrecida al cliente era suficiente para que este emitiese un consentimiento libre y sin vicios. No obstante, en este contexto, el Tribunal de Distrito de Bucarest, competente para atender este litigio, eleva cuestión prejudicial al TSJUE por dos razones, que son recogidas en el apartado 27 de la sentencia objeto de debate:

- ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para poder considerar que una manifestación de voluntad es específica e informada?
- ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para poder considerar que una manifestación de voluntad ha sido libremente expresada?

2. Fundamentos jurídicos

En un primer estadio, para dar solución a las cuestiones planteadas, resulta fundamental conocer la normativa aplicable. En este sentido, el tribunal europeo entiende que tal asunto queda encuadrado bajo el alcance de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Quizás resulte, sobre este particular, contradictoria la aplicación dual de una norma y de aquella posterior por la que queda derogada la primera, atendiendo al principio jurídico

"*lex posterior derogat priori*", sin embargo, el TSJUE expone, por un lado, que la resolución emitida por la ANSPDCP se produjo en fecha 28 de mayo de 2018, momento anterior a la derogación de la Directiva el 25 de mayo de 2018 y, por consiguiente, esta resulta ser la norma aplicable por razón del tiempo o *ratione temporis*; sin embargo, de otra parte, contempla la aplicación del reglamento mencionado supra para la cuestión referida al mandato por el que se obliga a Orange a la destrucción de las copias de los documentos de identidad de sus clientes, dado que la ejecución de esta no se produjo con anterioridad a la derogación de la Directiva. Por tanto, la aplicación de un cuerpo jurídico no excluiría así la atención del otro.

Pues bien, aclarado este primer punto y continuando con el marco normativo de aplicación, se trata de interpretar en este supuesto, por un lado, el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE en relación con los artículos 6, 7 y 10 de esta, así como con el considerando 38 y, de otro, el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679, en relación con los artículos 4, 5, 6, 7 y 13 y los considerandos 32 y 42 de tal norma. En este sentido, lo que se trata de dilucidar es qué se entiende por consentimiento y cuando este es válidamente prestado. Así pues, ambas reglas coinciden en definirlo como *toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan*. A esta conceptualización añade el TSJUE la necesidad de que el tratamiento de toda información personal debe ser lícito y prestado de manera inequívoca por medio de acto afirmativo claro, previa comunicación e información al interesado sobre la identidad del responsable del tratamiento, los fines por lo que se lleva a cabo esta función, etc.

En este sentido, una vez delimitado qué ha de aceptarse como consentimiento, la cuestión principal se centra en conocer si un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones que incluya una cláusula de acuerdo con la cual el consumidor indica si ha sido debidamente informado y, en consecuencia, autoriza la obtención y conservación de una copia de su documento de identidad como información adjunta al propio contrato con fines de identificación del sujeto contratante, cumple con los requisitos por los que se considera válido y efectivo el consentimiento otorgado por el cliente, de conformidad con lo previsto en las ya citadas normas.

Al efecto, resulta de gran relevancia la observancia del considerando número 32 del Reglamento, pues en él se prevé la posibilidad de que el consentimiento de los consumidores sea prestado por medio de una casilla, sin embargo, se recoge como *conditio sine qua non* que esta no se incluya ya marcada por el propio responsable del tratamiento, sino que ha de ser el cliente contratante quien deba hacerlo. Resalta el tribunal que, en este supuesto, la eficacia de la firma del contrato no puede ampliarse al consentimiento sobre el tratamiento de información de carácter personal, pues no queda demostrado con ello una manifestación afirmativa respecto a aquella autorización, ya que,

además de que no fue el propio cliente quien marcó por sí mismo la citada casilla, tampoco existe disposición distinta en la que sea el consumidor quien declare que ha leído, comprendido y aceptado el contenido de esta. En este sentido se ha de atender a dos cuestiones:

- Considera el tribunal como preferible el hecho de que sea el propio usuario quien cumplimente las cláusulas referentes al consentimiento sobre tratamiento de datos personales.
- En caso de incorporar el contrato casilla ya marcada, deberá el responsable incluir una segunda disposición en la que el interesado declare haber leído y entendido el contenido de aquello a lo que se compromete.

A mayor abundamiento, el TJUE indica que el consentimiento ha de expresarse por medio de una manifestación de voluntad específica, esto es, con una acción determinada tendente a expresar concienzudamente tal acuerdo por parte del interesado, dejándose de lado el consentimiento otorgado para otras cuestiones involucradas en la contratación. Por tanto, tal manifestación de voluntad relacionada con el acuerdo del usuario en el tratamiento de sus datos personales ha de ser independiente y distinta de cualquier otra que pudiere ocupar en la relación contractual.

De forma paralela, puede decirse que, antes de la formalización del consentimiento a través de actos dispuestos efectivamente para ello, el usuario ha de tener pleno conocimiento sobre aquello que va a autorizar. Es por este motivo que la comunicación y la información al usuario se erigen como dos pilares básicos para una formación de voluntad libre y sin vicios ocultos. Así pues, el art. 7 del reglamento expone la necesidad de que para que el consentimiento sea debidamente informado, el contenido que fuera comunicado al consumidor y sobre el que hubiera de consentir ha de ser *inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo, especialmente cuando se trate de un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento de datos personales*.

Además, con el propósito de conocer anticipadamente las implicaciones que podrían colegirse del otorgamiento de consentimiento, el interesado deberá ser conocedor, a la luz de los arts. 2 de la Directiva y 4 del Reglamento, *qué datos serán tratados, la identidad del responsable del tratamiento, la duración del tratamiento y su forma, y los fines que se persigue con dicho tratamiento*. A esto añade el Tribunal la exigencia *de que las estipulaciones contractuales no deben inducir al interesado a error*, pues, de otra forma, el consentimiento no se habría otorgado libremente por parte del interesado, ni la información habrá sido plena.

Siguiendo esta línea, el TSJUE duda acerca de la libertad del consentimiento prestado por los contratantes, por cuando, ante una negativa en la autorización sobre el tratamiento de

datos personales, Orange solicitaba la recogida formal de este desacuerdo al cliente con la cumplimentación paralela de un formulario en el que este declarara que no consentía. No obstante, a pesar de que el tribunal referencia esta problemática, se mantiene al margen de su solución y traslada el análisis del fondo del asunto al juez rumano.

Subsidiariamente, el TSJUE proclama la responsabilidad probatoria del encargado del tratamiento de datos en materia de prestación de consentimiento válido por parte de los consumidores y usuarios. Por ende, entiende el tribunal que Orange debe recabar la "autorización positiva" de sus clientes en este sentido, es decir, se ha de ocupar de la aceptación, pero, en ningún caso, tiene potestad para imponer manifestación formal sobre el desacuerdo.

3. Conclusiones

Por tanto, atendiendo a cada uno de los puntos expuestos hasta este momento se pueden extraer las siguientes ideas, de acuerdo con lo fallado por el TSJUE:

- Respecto a la primera cuestión prejudicial relativa a la formación de una voluntad específica e informada:

La dificultad radica aquí en la necesidad de que el responsable del tratamiento facilite al usuario información plena sobre el conjunto de actividades, funciones o circunstancias concernientes a dicho tratamiento. Para ello, la formulación del contenido ha de ser comprensible y de fácil acceso para el interesado, en la medida en que este ha de conocer los efectos derivados de tal cesión, sin que la redacción de tales estipulaciones pudiera inducir a error. Asimismo, recae la carga de la prueba sobre el propio responsable, es decir, será este quien haya de demostrar que la información suministrada en el momento previo a la aceptación fue suficiente para garantizar una elección absolutamente libre y sin vicios.

- En lo referido a la manifestación de la voluntad de aceptación libre, puede decirse lo que sigue:

Lo esencial en esta cuestión es que el marco jurídico europeo determina que el consentimiento de los consumidores y usuarios ha de ser prestado mediante un acto concreto por el que se entienda que el interesado autoriza el tratamiento de sus datos personales de forma inequívoca. En definitiva, para que la expresión de voluntad de un individuo para autorizar el uso de información de naturaleza personal sea concebida como libre es necesaria que esta se ajuste a una clara acción afirmativa sobre una solicitud de consentimiento que ha de deberse diferenciar explícitamente de cualquier otro asunto atinente a la relación contractual.

En definitiva, como ya se mencionó al comienzo, el TJUE considera que la empresa Orange contraviene el derecho de protección de datos de sus clientes al incluir en los contratos una casilla de aceptación sobre tratamiento de datos personales ya marcada con anterioridad a la firma de estos, pues no se avala de esta manera que el interesado sea conocedor de las circunstancias a las que queda sometido tras la autorización relativa a la conservación de una copia de su documento de identidad y, del mismo modo, entiende que la entidad no ha probado de forma idónea que la prestación del consentimiento se realizara válidamente.