

## **Aplicación de la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio. Informe 516/2004**

La consulta plantea determinadas cuestiones relacionadas con la aplicación de la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, en cuanto a la obligación impuesta por el mismo a los operadores de telecomunicaciones de facilitar a los abonados los datos identificativos de los prestadores de servicios de tarificación adicional en nombre y por cuenta de los cuales se facture al cliente la prestación de un servicio de estas características.

Como cuestión previa, debe indicarse que la mencionada Orden fue sometida a informe de la Agencia Española de Protección de Datos, emitiéndose por la misma informes de 14 y 16 de enero de 2004. El texto resultante vino a tener en consideración las cuestiones formuladas en los precitados informes.

Dicho lo anterior, y entrando en el examen de la cuestión planteada, la citada Orden prevé la modificación del apartado 8 de la Orden PRE/361/2002, estableciendo en su punto 3 que, el operador que preste su servicio al abonado al que sea prestado un servicio de tarificación adicional deberá desglosar en la factura en conceptos independientes cada uno de los servicios facturados, debiendo dicho desglose "separar y reflejar fielmente la parte correspondiente al servicio telefónico disponible al público, que incluye el servicio de red de tarificación adicional, cuya prestación corresponde a los operadores, de la parte relativa a la remuneración que corresponde al prestador de servicios de tarificación adicional por el servicio de información o comunicación prestado".

Como consecuencia de lo anterior, añade el apartado objeto del presente comentario que "en la parte del desglose correspondiente al servicio de información o comunicación deberá figurar la identificación de la persona física o jurídica titular del número telefónico llamado, así como su número o código de identificación fiscal, según proceda".

Desde el punto de vista de la Ley Orgánica 15/1999 sería preciso plantear en primer lugar si la revelación prevista se encuentra sometida a su ámbito de aplicación, toda vez que los datos de los prestadores de servicios de tarificación adicional se referirán, fundamentalmente, a personas jurídicas o a empresarios individuales.

En relación con esta cuestión, debe indicarse que el artículo 18.4 de la Constitución establece en que: "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", consagrándose así el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, incluso del propio derecho a la intimidad, tal y como ha indicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre.

Por su parte, el artículo primero de la Ley Orgánica 15/1999 establece que "la presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor

e intimidad personal y familiar", recordando en su artículo 3 a) que se entenderá por datos de carácter personal "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento 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 profesionales y a la libre circulación de estos datos.

De dichos preceptos se deduce claramente que la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999 no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de las garantías establecidas en la Ley, sin perjuicio de que los Tribunales puedan atender las reclamaciones de responsabilidad que pudieran exigirse en el caso de que el uso de información relativa a las empresas les cause algún perjuicio.

En consecuencia, los ficheros que se refieran exclusivamente a personas jurídicas no se encontrarán sujetos al marco regulador establecido por la Ley Orgánica 15/1999.

Sentado lo anterior, se plantea el problema de delimitar el marco protector de la Ley Orgánica 15/1999 en los supuestos en que los datos se refieran a personas físicas que lleven a cabo una actividad mercantil o profesional.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, se entendía que dichos datos deberían considerarse asimilados a los correspondientes a personas jurídicas, toda vez que el objeto de protección de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD) consistía en la protección de la intimidad personal y familiar de las personas físicas, siendo así que no puede entenderse que las empresas gocen de la citada intimidad. Por tanto, no podía ser aplicable a esas personas la protección consagrada por la LORTAD, ni siquiera cuando su actividad se identifique plenamente con la de una persona física determinada, habida cuenta que el ámbito personal que se protegía debía ser considerado como distinto del empresarial.

Sin embargo, como ya se indicó, la nueva Ley Orgánica 15/1999 extiende su manto protector más allá de la mera protección del derecho a la intimidad personal y familiar para consagrar el derecho fundamental a la Protección de datos, reconocido expresamente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a partir de su Sentencia 254/1993, de 20 de julio y considerado, como se dijo, un derecho fundamental específico y distinto de la intimidad en la Sentencia 292/2000, ya mencionada. Por este motivo es objeto de la Ley no sólo la protección de los ciudadanos frente al uso inadecuado de técnicas informáticas, sino, en un sentido mucho más extenso, la protección de cualesquiera derechos fundamentales y libertades públicas de las personas físicas frente al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

Ello supone que, si bien los empresarios individuales pueden carecer de un derecho a la intimidad personal y familiar, ello no implica que el tratamiento de los datos referidos a los mismos pueda dar lugar a una vulneración de otros

derechos que les atribuye la Constitución (por ejemplo, el tratamiento de los datos relacionados con la pertenencia de un empresario a una determinada asociación puede vulnerar el derecho de asociación, consagrado por el artículo 22 de la Constitución), así como que las mismas carezcan de un derecho específico a la protección de datos, dado que en modo alguno, con independencia de sus esfera de actuación dichas personas podrían ser consideradas personas jurídicas.

Por ello, no es posible, dentro de este nuevo marco normativo, ofrecer una solución unívoca de la cuestión planteada, debiendo estarse estrictamente a los datos que sean objeto de tratamiento en cada caso concreto para apreciar si el fichero se encuentra o no sujeto a las normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal, debiendo tenerse en consideración la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que exige atender en cada caso concreto a una adecuada protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En este sentido se pronunció esta Agencia de Protección de Datos en su Resolución de 27 de febrero de 2001, indicando en su Fundamento Jurídico II que:

"... la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías establecidas en la Ley, y por extensión lo mismo ocurrirá con los profesionales que organizan su actividad bajo la forma de empresa (ostentando, en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio) y con los empresarios individuales que ejercen una actividad comercial y respecto de las cuales sea posible diferenciar su actividad mercantil de su propia actividad privada, estando en el primer caso excluidos también del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999.

En definitiva pues, tanto las personas jurídicas como los profesionales y los comerciantes individuales (éstos dos últimos sólo en los estrictos términos señalados en el párrafo que antecede, esto es, cuando sus datos hayan sido tratados tan sólo en su consideración de empresarios) quedan fuera del manto protector de la Ley Orgánica 15/1999.

A contrario sensu, tanto los profesionales como los comerciantes individuales quedarían bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 y, por tanto, amparados por ella cuando los primeros no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, en consecuencia, la condición de comerciante (es el caso de los profesionales liberales cuyas actividades están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Básica 3/1993 por su artículo 6) y los segundos cuando no fuera posible diferenciar su actividad mercantil de la propia actividad privada. En estos dos casos deberán aplicarse siempre las garantías de la Ley Orgánica 15/1999 dada la naturaleza fundamental del derecho a proteger. Ello exigirá siempre ir analizando caso por caso para hallar en cada supuesto concreto el límite fronterizo donde resulte afectado el derecho fundamental a la protección de

datos de los interesados personas físicas, o, por el contrario, aquél no resulte amenazado por incidir tan solo en la esfera de la actividad comercial o empresarial, teniendo en todo caso presente que, en caso de duda, la solución deberá siempre adoptarse a favor de la protección de los derechos individuales".

En el presente caso, dado que no es posible deducir que la información facilitada se relacione exclusivamente con el ejercicio por los prestadores de servicios de tarificación adicional de su actividad empresarial o profesional, deberá considerarse que, dado que la Orden se refiere expresamente a personas físicas y los datos pueden no relacionarse exclusivamente con el ejercicio por las mismas del comercio, la revelación de los mismos efectuada en la factura telefónica ha de considerarse sometida a las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999.

Hecha la anterior precisión, la inclusión de los datos del prestador de servicios de tarificación adicional en la factura remitida al abonado constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley como "Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado".

Tratándose de una cesión de datos, habrá de estarse, en principio a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la propia Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor, "Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado".

No obstante, la propia Ley exceptúa dicho consentimiento de los afectados "Cuando la cesión está autorizada en una Ley"(artículo 11.2 a) y "Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros"(artículo 11.2 c), debiendo analizarse si la revelación prevista en la Orden pudiera tener encaje en alguno de los supuestos mencionados.

Esta Agencia ha venido considerando reiteradamente que la utilización por parte de un abonado o usuario de un servicio de tarificación adicional implica la generación de una relación negocial entre el usuario y el prestador del servicio. Así, en informes de fechas 5 de junio de 2002, 24 de julio de 2002, 28 de octubre de 2002 y 8 de septiembre de 2003 se señalaba, en relación con la cesión de datos del abonado a los operadores y prestadores de servicios de tarificación adicional lo siguiente:

"(...) puede indicarse que la misma (cesión) tendría cobertura, según se ha apuntado ya, en el artículo 11. 2 c), por cuanto el usuario que contacta para obtener dichos servicios está asumiendo la relación negocial que implica dicha llamada, con un coste adicional que se destina efectivamente al pago de las prestaciones que recibe, debiendo conocer las consecuencias que pueden derivar del impago de las mismas conforme al ordenamiento jurídico, y así,

conforme al artículo 1124 del Código civil, la facultad de la otra parte de exigir el cumplimiento. Tal reclamación, y la cesión y tratamiento de los datos que es precisa para la misma, puede considerarse desarrollo necesario de una relación jurídica libre y legítimamente aceptada. Por otro lado, y de no permitirse la misma, se produciría un perjuicio patrimonial a la otra parte, que estaría obligada a pagar los costes al operador de telecomunicaciones, en el sistema establecido por la CMT, a través de los que presta sus servicios".

Esta argumentación puede aplicarse, *mutatis mutandi*, al supuesto planteado y previsto en el presente caso, dado que el prestador del servicio de tarificación adicional también acepta, como consecuencia de la llamada efectuada por el abonado, la existencia de una relación contractual con aquél, de forma que el ordenamiento jurídico puede exigir lícitamente que el abonado haya de conocer los datos referentes al propio prestador del servicio que está recibiendo (es decir, de la otra parte en la relación contractual), así como las condiciones del negocio jurídico derivado de su propia llamada, con el objeto de que pueda considerarse que el consentimiento del abonado, elemento esencial del contrato que implica aquella llamada, cumpla los requisitos exigidos por el Código Civil.

Precisamente por este motivo, el apartado 13 de la Orden exige, en el nuevo apartado Decimoctavo bis de la Orden PRE/361/2002 que "se informe al usuario llamante mediante una locución (...) de la identidad del titular del número telefónico llamado".

A mayor abundamiento, debe recordarse que el artículo 57.1 del Real decreto 1736/1998 dispone que "Las facturas deben contener de forma obligatoria y debidamente diferenciados los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan."

En consecuencia, debe considerarse que la inclusión en la facturación desglosada de los datos referidos a los prestadores de servicios de tarificación adicional resultaría conforme con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, al tener cabida en lo dispuesto en su artículo 11.2 c).