

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

## I

Tal y como se indica en la exposición de motivos del Anteproyecto sometido a informe, el mismo tiene por objeto la incorporación al derecho interno de las previsiones contenidas en la reforma del marco regulador de las comunicaciones electrónicas adoptado en el año 2002.

En particular, desde el punto de vista de las competencias de esta Agencia, resulta especialmente relevante tomar en consideración las reformas introducidas en dicho marco por parte de la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, en cuanto dicha norma introduce en su artículo 2 determinadas previsiones que reforman la normativa de la privacidad en las comunicaciones electrónicas, establecida en la Directiva 2002/58/CE, ya citada.

En particular, la Directiva 2009/136/CE introduce importantes reformas en cuatro cuestiones concretas:

- La relativa a la seguridad del tratamiento, mediante la reforma del artículo 4 de la Directiva 2002/58, en la que se establece, en particular, el deber de notificación del interesado a las autoridades nacionales competentes de aquellas situaciones en las que se produzca lo que la Directiva denomina “violación de los datos personales”, definido por su artículo 2 h) como



“violación de la seguridad que provoque la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida, la alteración, la revelación o el acceso no autorizados, de datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo en relación con la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas de acceso público en la Comunidad”.

- La modificación del régimen aplicable a los denominados dispositivos invisibles de almacenamiento de la información en el equipo terminal del usuario, respecto de cuya instalación el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, en la redacción dada por el apartado 5 del artículo 2 de la Directiva 2009/136 exige el previo otorgamiento del consentimiento del interesado.
- La inclusión de determinadas reformas en el régimen de las comunicaciones comerciales no solicitadas, reguladas por el artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE.
- La regulación del régimen de aplicación y cumplimiento de la Directiva, reforzando las potestades de inspección y sanción de las autoridades nacionales competentes, así como el régimen de cooperación entre las autoridades nacionales de reglamentación, conforme al artículo 15 bis de la Directiva 2002/58/CE, introducido por el artículo 2.10 de la Directiva 2009/136/CE.

La reforma operada por el Anteproyecto sometido a informe tiene por objeto la transposición de dichas reformas al derecho interno español. Ello exige que el análisis que se llevará a cabo en el presente informe atienda fundamentalmente a los bloques de materias que acaban de describirse. No obstante, también deberán ser objeto de estudio otras cuestiones no expresamente previstas en la Directiva, pero cuya inclusión en el régimen legal de las comunicaciones electrónicas en España resulta necesario para el logro de una adecuada garantía de los abonados y usuarios, como por ejemplo las relacionadas con el catálogo de derechos de aquéllos establecido en el artículo 38 de la Ley 32/2003.

## II

Hechas las precedentes consideraciones procede ya entrar a analizar las distintas cuestiones abordadas por el Anteproyecto sometido a informe, precisando asimismo que en el mismo se hará únicamente referencia a aquellos preceptos en los que o bien se produce una modificación sustancial del régimen contenido en la Ley 32/2003 en su redacción actual o bien dicho régimen debería ser objeto de una adecuada modificación, pese a que el Anteproyecto se limite a reproducir literal o casi literalmente la norma actualmente vigente.

Siguiendo la estructura que se apuntó en el apartado anterior, procede a continuación hacer referencia a la reforma del artículo 34 de la Ley 32/2003 recogida por el apartado veinticuatro del artículo único del Proyecto y que tiene por objeto la transposición de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2002/58/CE en su nueva redacción.

A tal efecto, el precepto tras reproducir el actual apartado 1 del artículo 34, desarrolla las reformas operadas en la normativa comunitaria en sus apartados 2 a 5.

En el primero de ellos se dispone que “Los operadores a los que se refiere el apartado anterior deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar los niveles de protección de los datos de carácter personal que sean exigidos por la normativa de desarrollo de esta Ley en esta materia. Dichas medidas incluirán, como mínimo:

- a. La garantía de que sólo el personal autorizado tenga acceso a los datos personales para fines autorizados por la Ley
- b. La protección de los datos personales almacenados o transmitidos de la destrucción accidental o ilícita, la pérdida o alteración accidentales o el almacenamiento, tratamiento, acceso o revelación no autorizados o ilícitos
- c. La garantía de la aplicación efectiva de una política de seguridad con respecto al tratamiento de datos personales”.

El texto transcrito reproduce, a su vez, lo señalado por el 4.1 bis de la Directiva 2002/58/CE en su nueva redacción, en que se dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, las medidas a que se refiere el apartado 1, como mínimo:

- garantizarán que solo el personal autorizado tenga acceso a los datos personales para fines autorizados por la ley,
- protegerán los datos personales almacenados o transmitidos de la destrucción accidental o ilícita, la pérdida o alteración accidentales o el almacenamiento, tratamiento, acceso o revelación no autorizados o ilícitos, y
- garantizarán la aplicación efectiva de una política de seguridad con respecto al tratamiento de datos personales”.

Si bien desde el punto de vista de su conformidad con la Directiva la redacción del precepto no puede ser objeto de observación alguna, dado que se produce una práctica reproducción del texto, sí es preciso efectuar un comentario en relación con el primer inciso del artículo 34.2 en su nueva redacción, al disponer el mismo que la protección de los datos de carácter personal deberá efectuarse con las condiciones de seguridad que sean exigidas “por la normativa de desarrollo de esta Ley en esta materia”.

Ciertamente el precepto es reproducción del actual artículo 34.2 de la Ley 32/2003. Sin embargo, es preciso recordar que la seguridad en el tratamiento de los datos personales viene impuesta como obligación a cualquier responsable en el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, que establece en su apartado 1 que “el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”, de modo, que conforme al apartado 2 “no se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas”. Por último, conforme al artículo 9.3 “reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley.

El desarrollo de estas medidas aparece recogido en el Título VIII del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que especifica las medidas técnicas y organizativas que deberán implantarse en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 9 de la Ley Orgánica.

En particular, el artículo 81 del reglamento delimita los niveles de seguridad aplicables. En particular su apartado 4 dispone que “A los ficheros de los que sean responsables los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas respecto a los datos de tráfico y a los datos de localización, se aplicarán, además de las medidas de seguridad de nivel básico y medio, la medida de seguridad de nivel alto contenidas en el artículo 103 de este Reglamento”.

Del análisis de dichas medidas se desprende, por una parte, que las descritas en los apartados a), b) y c) del nuevo artículo 34.2 se recogen ya expresamente en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica e incluso en el propio artículo 9 de dicho cuerpo legal, siendo el nivel de medidas de seguridad exigible conforme al régimen establecido en la normativa de protección de datos más detallado que el descrito como mínimo en el Anteproyecto sometido a informe.

Por otra parte, y sin perjuicio de las obligaciones que deben imponerse a los operadores conforme a la Ley 32/2003 no cabe duda que en lo que se refiere a la garantía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal dichas medidas deberán aparecer encuadradas en el régimen previsto en la normativa reguladora del derecho fundamental. El hecho



de que la Directiva 2009/136/CE se refiera a medidas mínimas concretas se basa en que la Directiva 95/46/CE, de la que son transposición la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo, no establece un régimen detallado de medidas de seguridad que deban implantarse por parte del responsable o el encargado del tratamiento.

Consecuencia de todo lo que se ha venido indicando es que no es posible el establecimiento de un régimen de seguridad en el tratamiento de datos personales, que es al que se refiere el artículo 4 de la Directiva 2002/58/CE y el artículo 34 de la Ley 32/2003 en su nueva redacción, sin tomar en consideración lo dispuesto en la normativa de protección de datos cuando ésta haya establecido un régimen de medidas específica a implantar que amplía las descritas por los citados preceptos de la normativa sectorial, sin perjuicio de que esta normativa, a través de las normas de desarrollo de la Ley 32/2003 pueda incluso imponer medidas adicionales a las ya establecidas, pero que son ya exigibles a los operadores.

Por este motivo, resulta necesario modificar la dicción del primer inciso del artículo 34.2 de la Ley 32/2003, en la redacción dada por el apartado veinticuatro del Anteproyecto, siendo la redacción resultante la siguiente:

“Los operadores a los que se refiere el apartado anterior deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar los niveles de protección de los datos de carácter personal que sean exigidos por **la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y su normativa de desarrollo y, en su caso, en la que se dicte en desarrollo de esta Ley en esta materia.**”

### III

Dentro del régimen del nuevo artículo 34 de la Ley 32/2003 introducido por el apartado veinticuatro del Proyecto sometido a informe resulta especialmente relevante el apartado 4, referido a la notificación a la Agencia Española de Protección de Datos, reconocida como autoridad de reglamentación por el artículo 50 de la Ley, y en su caso a los abonados o particulares, de las violaciones de los datos personales que pudieran haberse producido. Así, el precepto en la redacción establecida por el Anteproyecto dispone lo siguiente:

*“En caso de violación de los datos personales, el operador de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público notificará sin dilaciones indebidas dicha violación a la Agencia Española de Protección de Datos. Si la violación de los datos pudiera afectar negativamente a la intimidad o a los datos personales de un abonado o particular, el operador notificará también la violación al abonado o particular sin dilaciones indebidas.*

*Reglamentariamente podrán establecerse los supuestos, procedimiento y condiciones en que las notificaciones a que se refiere el párrafo anterior se lleven a efecto.”*

A su vez el incumplimiento de este deber de notificación será constitutivo de infracción grave o muy grave de la Ley conforme 53 ab) y 54 w) de la Ley, en la redacción dada a los mismos por los apartados treinta y seis y treinta y siete del Anteproyecto.

El artículo 34.4 tiene por objeto la transposición al derecho español de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Directiva 2002/58/CE en la redacción dada al mismo por la Directiva 2009/136/CE, que establece, a su vez, lo siguiente:

*“En caso de violación de los datos personales, el proveedor de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público notificará, sin dilaciones indebidas, dicha violación a la autoridad nacional competente.*

*Cuando la violación de los datos personales pueda afectar negativamente a la intimidad o a los datos personales de un abonado o particular, el proveedor notificará también la violación al abonado o al particular sin dilaciones indebidas.*

*La notificación de una violación de los datos personales a un abonado o particular afectado no será necesaria si el proveedor ha probado a satisfacción de la autoridad competente que ha aplicado las medidas de protección tecnológica convenientes y que estas medidas se han aplicado a los datos afectados por la violación de seguridad. Unas medidas de protección de estas características convierten los datos en incomprensibles para toda persona que no esté autorizada a acceder a ellos.*

*Sin perjuicio de la obligación del proveedor de informar a los abonados o particulares afectados, si el proveedor no ha notificado ya al abonado o al particular la violación de los datos personales, la autoridad nacional competente podrá exigirle que lo haga, una vez evaluados los efectos adversos posibles de la violación.*

*La notificación al abonado o al particular describirá al menos la naturaleza de la violación de los datos personales y los puntos de contacto donde puede obtenerse más información, y recomendará medidas para atenuarlos posibles efectos adversos de dicha violación. La notificación a la autoridad nacional competente describirá, además, las consecuencias de la violación y las medidas propuestas o adoptadas por el proveedor respecto a la violación de los datos personales.”*

La primera consecuencia que cabe extraer de la transposición que se lleva a cabo por parte del Anteproyecto sometido a informe es la de que resulta necesario que el mismo incluya una definición del término “violación de los datos personales”, dado que su inexistencia hasta el presente momento en nuestro ordenamiento, unido al carácter equívoco de la terminología empleada en la versión española de la Directiva 2009/136/CE puede conducir a un desconocimiento real de los supuestos en los que los deberes de notificación previstos en el artículo 34.4 de la Ley, en la redacción propuesta.

Por este motivo, **es preciso que se incluya una modificación del Anexo del Proyecto en que se introduzca la definición de violación de datos personales, pudiendo reproducirse a tal efecto la prevista en la propia Directiva 2009/136/CE, indicándose así que tendrá dicha consideración “la violación de la seguridad que provoque la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida, la alteración, la revelación o el acceso no autorizados, de datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo en relación con la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas de acceso público”.**

**Alternativamente sería posible incluir en el artículo 34.4 de la Ley un último párrafo** en el que se señale que “a los efectos establecidos en este artículo se entenderá como violación de los datos personales” y reproducir el precepto transcrito.

#### IV

Hecha la anterior consideración, de la lectura del artículo 34.4 en su párrafo segundo se desprende que los supuestos procedimiento y condiciones en que deberá producirse la debida notificación al interesado podrán ser objeto de desarrollo reglamentario.

Debe recordarse que la Directiva 2009/136/CE establece dos reglas cuyo cumplimiento deberá en todo caso llevarse a efecto por parte de los Estados miembros: la primera referida al contenido mínimo de la notificación al abonado o particular, contenida en el último párrafo del nuevo artículo 4.3; y la segunda referida a los supuestos en que dicha notificación al abonado o particular “no será necesaria”, según el párrafo tercero del precepto.

Ambas normas establecen un mandato claro, preciso e incondicional a los Estados miembros, manifestado por el uso, en ambos casos, del tiempo verbal imperativo, de tal modo que no es posible limitar a un posible o eventual desarrollo reglamentario la especificación de dichas reglas.

De este modo, el desarrollo reglamentario de la Ley deberá, en caso de que se opte por esta técnica legislativa, especificar en todo caso los supuestos en los que el citado deber de notificación al afectado podrá no tener lugar así como el contenido de la notificación que deba efectuarse. Ello impide que el

Anteproyecto sometido a informe se limite a señalar que el Reglamento adoptado en su caso “podrá” prever estas circunstancias, que deberán cumplirse necesariamente para que la normativa española de comunicaciones electrónicas pueda considerarse ajustada a la Directiva.

De este modo, **será necesario o bien introducir en el propio artículo 34.4 las especificaciones establecidas en los párrafos 3 y 5 del artículo 4.3 de la Directiva 2002/58/CE en su actual redacción, o bien dar una nueva redacción al párrafo segundo del artículo 34.4 de la Ley 32/2003 en la redacción establecida por el Anteproyecto, indicando que**

**“Reglamentariamente se establecerá el contenido de las notificaciones dirigidas a los abonados o particulares, así como los supuestos en que no será necesaria la misma. Asimismo la norma reglamentaria podrá establecer los restantes requisitos de las notificaciones a las que se refiere el párrafo anterior, en lo referente a su contenido y condiciones.”**

Sin perjuicio de que en la alternativa que acaba de indicarse la decisión por una u otra opción corresponderá lógicamente al legislador debe, no obstante, tenerse en cuenta que la obligación de notificación habría de encontrarse en vigor en el plazo establecido en la Directiva 2009/136/CE, cuyo artículo 14.1 establece en su primer párrafo que “los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 25 de mayo de 2011, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones”.

Ello plantea el problema de que en caso de optarse por la solución reglamentaria a la que se refiere el Anteproyecto sometido a informe la demora en la determinación de la obligación concreta de notificación quedaría sujeta no sólo a la aprobación de la Ley, sino de su desarrollo reglamentario posterior.

Ello es así porque, quedando pendiente de dicho desarrollo la especificación del contenido de las notificaciones, los supuestos de excepción y sus restantes requisitos, no será posible valorar la adecuación a dicha norma de las notificaciones que se llevasen a efecto o dejasen de hacerlo antes de la entrada en vigor de la norma reglamentaria, dado que es posible que aun faltando la notificación el operador pudiese ampararse en un supuesto de excepción o pudiendo considerarse la notificación suficiente ésta no cumpliera los requisitos que posteriormente impusiese la norma reglamentaria de desarrollo o viceversa.

De este modo, y sin perjuicio de que debería tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 14.1 de la Directiva en lo referente al plazo de transposición previsto en la misma, en caso de que se optase por la remisión reglamentaria a la que se ha hecho referencia sería igualmente necesario, en





aras a la garantía del principio de seguridad jurídica, que la entrada en vigor de la obligación de notificación quedase demorada a la aprobación y entrada en vigor de la norma reglamentaria que la desarrollase.

En consecuencia, y **sin perjuicio de que deba recordarse nuevamente el plazo de transposición previsto en la Directiva, sería necesario modificar la disposición adicional sexta del Anteproyecto, referida a su entrada en vigor, añadiendo un segundo párrafo en que se indicase que no obstante, el deber de notificación al que se refiere el artículo 34.4 de la Ley 32/2003, en la redacción dada por el apartado veinticuatro del artículo único del Anteproyecto entrará en vigor en la fecha de entrada en vigor de la norma que, a su vez, lo desarrolle.**

En otro orden de cosas, el apartado 5 del artículo 34 de la Ley 32/2003 en la redacción dada al mismo por el Anteproyecto establece que “Los operadores instaurarán procedimientos internos para responder a las solicitudes de acceso a los datos personales de los usuarios por parte de las autoridades legalmente autorizadas. Previa solicitud, facilitarán a las Autoridades competentes información sobre esos procedimientos, el número de solicitudes recibidas, la motivación jurídica aducida y la respuesta ofrecida”.

De la lectura del precepto no puede determinarse la relación existente entre dicha norma y el resto del contenido del artículo 34, dado que este apartado parece hacer referencia al acceso a los datos derivado de la aplicación de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones o al acceso que se produzca por las autoridades competentes a las que se refiere la propia Ley 32/2003 en el ejercicio de las potestades de inspección establecidas en el artículo 50.6 de la misma, en la redacción dada a aquél por el apartado treinta y cuatro del artículo único del Proyecto, cuyo párrafo segundo establece, en particular, que “Los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley vendrán obligados a facilitar al personal de inspección, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a sus instalaciones y los medios necesarios para la realización de la inspección. También deberán permitir que dicho personal lleve a cabo el control de los elementos afectos a los servicios o actividades que realicen y; de las redes que instalen o exploten, debiendo poner a disposición del personal de inspección cualquier dato que estén obligados a poseer o conservar y que éste considere precisos, con valor probatorio, sea cual fuere su soporte, entre ellos documentos, archivos, registros, y programas informáticos. Asimismo, se faculta al personal de inspección para obtener las pruebas técnicas necesarias que permitan realizar el control anterior, empleando para ello cualquier medio y soporte, entre ellos los electrónicos”.

En todo caso, de lo indicado con anterioridad sí parece desprenderse claramente que **el apartado 5 del artículo 34 no guarda relación con el resto del precepto, por lo que, sin perjuicio de que fuera aconsejable su**

**modificación, a fin de aclarar los supuestos de acceso a los que el mismo se refiere, debería incorporarse a otro lugar del Anteproyecto.**

## V

La última cuestión a analizar en relación con las previsiones del artículo 34 de la Ley 32/2003 se refiere al régimen sancionador previsto en el Proyecto como consecuencia del incumplimiento del deber de notificación establecido en el apartado 4 del precepto.

A tal efecto, el artículo 54 w) de la Ley en la versión dada al mismo por el Anteproyecto dispone que será constitutivo de infracción grave “El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de notificación establecidas en el artículo 34.4 de esta Ley, cuando no constituya infracción muy grave”, siendo infracción muy grave, según el artículo 53 ab) “el incumplimiento grave o reiterado cualquiera de las obligaciones de notificación establecidas en el artículo 34.4”.

La cuantía de las sanciones a imponer viene determinada por el artículo 56.1 de la Ley 32/2003, redactado conforme al apartado treinta y nueve del Anteproyecto, en que se indica que “Por la comisión de las demás infracciones muy graves (no incluidas en la letra a), como sucede en el caso de las que nos ocupan) se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros”, añadiendo que “las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas” (letra b) del artículo 56.1).

Por su parte, el artículo 56.1 c) señala que “por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta 500.000 euros” y que “las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme”.

A su vez el artículo 58 b) de la Ley, en la redacción dada por el apartado cuarenta y uno del artículo único del Anteproyecto señala que la competencia para la imposición de las sanciones corresponderá “A la Agencia de Protección de Datos, cuando se trate de infracciones muy graves comprendidas en los párrafos z) y a) del artículo 53 y de las infracciones graves previstas en los párrafos r) y w) del artículo 54”.

Sin perjuicio de que deba en todo caso entenderse que la referencia efectuada por el artículo citado al apartado aa) del artículo 54 debe entenderse realizada al apartado ab) de dicho precepto, dado que es el que guarda relación con las competencias de esta Agencia, es preciso añadir que el establecimiento de este régimen sancionador puede generar una situación

especialmente compleja en la aplicación del régimen sancionador establecido en la Ley Orgánica 15/1999.

Como ya se indicó, el artículo 9 de la Ley Orgánica establece el deber de implantación de las medidas de seguridad en el tratamiento de los datos de carácter personal, habiendo sido desarrollado dicho precepto por el Título VIII del Reglamento de desarrollo de dicha Ley, en el que se incluyen medidas que recogen y amplían las establecidas en el artículo 4.1 de la Directiva 2002/58/CE en su nueva redacción y que se contemplan en el nuevo artículo 34.1 de la Ley 32/2003.

Por otra parte, el incumplimiento del deber de seguridad será, en todo caso, constitutivo de infracción grave de la Ley Orgánica 15/1999, toda vez que el artículo 44.3 h) de la Ley Orgánica, en la redacción dada al mismo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en vigor desde el pasado 6 de marzo, tipifica como infracción grave de la Ley “mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen”. La comisión de dicha infracción lleva aparejada una sanción de multa de 40.001 a 300.000 euros, según lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 15/1999 en su nueva redacción.

De este modo, en relación con los operadores en virtud de la cual la existencia de un fallo de seguridad o violación de los datos personales implicaría una infracción de la Ley Orgánica 15/1999 que, no obstante, debería ser notificada en todo caso a esta Agencia, que a su vez es autoridad reguladora en materia de protección de datos de carácter personal. Por tanto, el operador estaría obligado a notificar la comisión de la infracción, dado que en caso contrario su conducta sería igualmente constitutiva de sanción.

Cabría considerar que en ese caso debería exonerarse al operador de la imposición de la sanción prevista en la Ley Orgánica 15/1999 como consecuencia del cumplimiento del deber de notificación. Sin embargo esta circunstancia no exonera de responsabilidad al notificante, toda vez que por una parte la notificación se lleva a cabo simplemente como consecuencia del cumplimiento de un deber legal y, por otra, los bienes jurídicos protegidos no son similares en los supuestos contemplados en la Ley 32/2003 y la Ley Orgánica 15/1999.

Además, esta exoneración de responsabilidad crearía una situación no perseguida por el legislador, dado que la existencia de una vulneración del deber de seguridad quedaría impune, siendo además así que en caso de que un responsable o encargado del tratamiento vulneren el deber de seguridad, aún cuando libremente lo comuniquen a la Agencia, su conducta sí sería constitutiva de infracción y de la imposición de la consiguiente sanción.

Por todo ello se hace necesario la adopción de medidas que permitan conciliar la normativa de protección de datos con la objeto de regulación en el Anteproyecto, que no debe olvidarse que resulta ser transposición de la Directiva 2009/136/CE que en su artículo 2.10 introduce un artículo 15 bis en la Directiva 2002/58/CE, cuyo apartado 1 dispone que “los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones -incluidas las sanciones penales, cuando proceda- aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones que se prevean serán efectivas, proporcionadas y disuasorias y podrán ser aplicadas para cubrir el período de cualquier infracción, aún cuando se haya corregido posteriormente esta infracción. Los Estados miembros notificarán dichas disposiciones a la Comisión, a más tardar, el 25 de mayo de 2011 y le comunicarán sin demora cualquier modificación ulterior de las mismas”.

Una primera opción sería la de imponer el deber de notificación en caso de producirse un fallo de seguridad a cualquier responsable o encargado del tratamiento, lo que, no obstante, exigiría la modificación del artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, que tiene carácter orgánico, siendo necesaria la tramitación de un Proyecto de Ley complementario de la sometida a informe.

La segunda opción consistiría en la refundición de los tipos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 15/1999 y la Ley 32/2003, a fin de permitir la armonización de ambas normas en el sentido de que la sanción correspondiente a la vulneración del deber de seguridad, constitutiva siempre de infracción grave según la primera de las normas citadas, deberá ser incrementada en caso de que exista una obligación legal por parte del responsable o el encargado del tratamiento de notificar la vulneración producida a la Agencia Española de Protección de Datos o a los afectados.

Tomando en consideración todo lo que se ha venido indicando hasta este lugar, se proponen las siguientes modificaciones en el Anteproyecto sometido a informe:

**1. La supresión de los tipos contenidos en los artículos 53 ab) y 54 w) de la Ley 32/2003 a los que se refieren los apartados treinta y seis y treinta y siete del Anteproyecto.**

**2. La inclusión de una nueva Disposición final, que por razones de coherencia debería ser la segunda, con el siguiente tenor:**

**“Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.**

**Se añaden dos párrafos al apartado 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con el siguiente tenor:**



**En el caso de que se trate de la infracción tipificada en la letra h) del apartado tercero del artículo 44 y una Ley impusiese al responsable del fichero o el encargado del tratamiento la obligación de notificar al afectado o a la Agencia Española de Protección de Datos la existencia de un fallo en la seguridad, sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la cuantía mínima de la sanción será de 60.000 euros.**

**Si el incumplimiento al que se refiere el párrafo anterior fuera reiterado, la cuantía mínima de la sanción será de 100.000 euros.”**

## VI

Siguiendo con el orden al que se hizo referencia en el apartado I de este informe, procede ahora analizar el contenido del apartado 2 de la Disposición final primera del Anteproyecto objeto de informe, por el que se reforma el artículo 22.2 de la Ley 34/2003, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, estableciendo en su nueva redacción el mencionado precepto lo siguiente:

*“Los prestadores de servicios que empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, debiendo recabar previamente el consentimiento de los destinatarios para su utilización. Cuando sea técnicamente posible y eficaz, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.*

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 18, podrán desarrollarse códigos de conducta voluntarios, preferentemente de ámbito comunitario o internacional, en lo referido a lo dispuesto en este apartado, en particular, en relación con medidas dirigidas a que los destinatarios reciban una información clara, completa y fácilmente accesible. El modo en que se facilite la información y se ofrezca el derecho de negativa debe ser el más sencillo posible para el destinatario, pudiendo desarrollarse, entre otros, iconos informativos normalizados.*

*Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.*

*Lo dispuesto en este precepto podrá, en caso necesario, ser objeto de desarrollo reglamentario”.*

El precepto tiene a su vez por objeto la transposición del artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE en la redacción dada al mismo por el artículo 2.5 de la Directiva 2009/136/CE, disponiendo así que “los Estados miembros velarán por que únicamente se permita el almacenamiento de información, o la obtención de acceso a la información ya almacenada, en el equipo terminal de un abonado o usuario, a condición de que dicho abonado o usuario haya dado su consentimiento después de que se le haya facilitado información clara y completa, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida de lo estrictamente necesario a fin de que el proveedor de un servicio de la sociedad de la información preste un servicio expresamente solicitado por el abonado o el usuario”.

De este modo, la Directiva establece un nuevo régimen en relación con la instalación en el terminal del usuario de los denominados “dispositivos invisibles” de almacenamiento de datos, tales como las “cookies”, exigiendo ahora el consentimiento del interesado para que aquellos dispositivos puedan ser objeto de instalación, frente a la mera exigencia de información al interesado y la posibilidad de éste de oponerse a su instalación establecida en el régimen anterior.

En este sentido, el considerando 66 de la Directiva 2009/136/CE indica que “puede que haya terceros que deseen almacenar información sobre el equipo de un usuario o acceder a información ya almacenada, con distintos fines, que van desde los fines legítimos (como algunos tipos de cookies) hasta aquellos que suponen una intrusión injustificada en la esfera privada (como los programas espía o los virus). Resulta, por tanto, capital que los usuarios reciban una información clara y completa cuando realicen una acción que pueda dar lugar a dicho almacenamiento u obtención de acceso. El modo en que se facilite la información y se ofrezca el derecho de negativa debe ser el más sencillo posible para el usuario. Las excepciones a la obligación de facilitar información y proponer el derecho de negativa deben limitarse a aquellas situaciones en las que el almacenamiento técnico o el acceso sean estrictamente necesarios con el fin legítimo de permitir el uso de un servicio específico solicitado específicamente por el abonado o usuario. Cuando sea técnicamente posible y eficaz, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Directiva 95/46/CE, el consentimiento del usuario para aceptar el tratamiento de los datos puede facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otra aplicación. La aplicación de estos requisitos debe ganar en eficacia gracias a las competencias reforzadas concedidas a las autoridades nacionales”.

En relación con este precepto de la Directiva, y antes de entrar en el estudio de la norma contenida en el Anteproyecto, debe igualmente tomarse en consideración lo manifestado por el Grupo de Autoridades de Protección de Datos creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE en su dictamen 2/2010, de 22 de junio, sobre publicidad comportamental en línea.

El citado dictamen indica, como punto de partida, que “La Directiva 95/46 será plenamente aplicable menos en lo que refiere a las disposiciones que sean objeto específico de la Directiva sobre privacidad, que corresponden principalmente al artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, relativo a la legitimación del tratamiento de datos. El resto de disposiciones de la Directiva 95/46, incluidos los principios tocantes a la calidad de los datos, los derechos de los interesados (acceso, supresión, derecho de oposición, etc.), la confidencialidad y la seguridad del tratamiento de las transferencias internacionales de datos será plenamente aplicable”.

Posteriormente, al analizar si es posible la prestación del consentimiento mediante la configuración del buscador, el dictamen señala, en primer lugar, que “según la definición y los requisitos del consentimiento válido del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE, no puede considerarse sin más que los usuarios den su consentimiento por el simple hecho de adquirir o usar un buscador u otra aplicación que, por defecto, permite la recogida y el tratamiento de su información”, teniendo en cuenta que “Actualmente, de los cuatro buscadores principales, solo uno bloquea por defecto los cookies de terceros desde el momento en que se instala el buscador. Los otros tres buscadores están configurados por defecto para aceptar todos los cookies. En esos casos, se envían cookies y se recoge información sin recabar consentimiento, lo que contradice la necesidad de consentimiento previo”.

Concluye en este punto el dictamen que “Dada la importancia que cobra la configuración del buscador para que los usuarios den realmente su consentimiento al almacenamiento de cookies y al tratamiento de la información que estas vehiculan, parece de capital importancia que los buscadores dispongan de la configuración de «no aceptación y no transmisión de cookies de terceros». Para complementar esto y hacerlo más eficaz, los buscadores deben pedir a los usuarios que entren en un asistente de privacidad la primera vez que instalen o actualicen el buscador y proporcionarles un método fácil de ejercer su opción durante la utilización del producto. El Grupo de Trabajo del artículo 29 exhorta a los fabricantes de buscadores a adoptar medidas urgentes en coordinación con los proveedores de redes de publicidad”.

Por otra parte, el Grupo considera que “puede entenderse que la aceptación de un cookie por la persona interesada es válida no solo para el envío del cookie sino también para la ulterior recogida de datos derivados de dicho cookie. En otras palabras, el consentimiento obtenido para instalar el cookie y utilizar la información para enviar publicidad a la medida abarcaría

ulteriores «lecturas» del cookie que se producen cada vez que el usuario visita el sitio web asociado al proveedor de la red de publicidad que instaló inicialmente el cookie”.

Finalmente, y en relación con el cumplimiento del deber de información al interesado al que se refiere expresamente el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, en su nueva redacción, el Grupo “reconoce que técnicamente puede haber distintos modos de proporcionar información y anima a la creatividad en este campo”, añadiendo que “es consciente de que algunos proveedores de redes de publicidad han empezado a desarrollar nuevos modos de proporcionar información y se congratula de estos avances. Los iconos colocados alrededor del anuncio en el sitio web del editor con enlaces a información complementaria, son ejemplo de dichos avances, que el Grupo de Trabajo halla positivos y necesarios”. Así concluye que “el Grupo de Trabajo del artículo 29 apoyaría abiertamente la creación de un icono con mensajes anexos que alertara a los consumidores de que un proveedor de redes de publicidad está controlando sus búsquedas para enviar publicidad a medida. Este icono sería muy útil no solo para recordar a los usuarios el control al que están siendo sometidos sino también para controlar si desean seguir dando su consentimiento o revocarlo”.

## VII

Hechas las anteriores consideraciones, la exigencia de consentimiento del interesado establecida en el párrafo primero del nuevo artículo 22.2 no hace sino reproducir lo exigido por la Directiva 2009/136/CE, resultando además coherente con lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”, al poder consistir la instalación del dispositivo invisible en un tratamiento de datos de carácter personal.

Del mismo modo, y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas por el Grupo del artículo 29 en el dictamen 2/2010 que se han reproducido con anterioridad la previsión del párrafo tercero de que la información sea facilitada del modo más sencillo posible, “pudiendo desarrollarse, entre otros, iconos normalizados” es perfectamente conforme al espíritu del dictamen del mencionado Grupo, así como con el criterio mantenido por esta Agencia, que ha considerado cumplido el deber de información exigido por el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 mediante el establecimiento de carteles informativos claramente visibles o de una remisión clara y directa a la política de privacidad en la página principal de un sitio web.

Asimismo, la excepción contemplada en el párrafo cuarto, referida a los supuestos en que sí será posible el almacenamiento, reproduce los términos contenidos en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE y resulta igualmente conforme con lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, que



considera que no será preciso el consentimiento para el tratamiento de datos personales cuando dicho tratamiento “se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”.

Por último, tampoco cabe efectuar observación alguna al posible desarrollo reglamentario al que se refiere el último párrafo del artículo”.

Dicho todo ello, la única cuestión que exige un análisis especial es la relacionada con el segundo inciso del párrafo primero del artículo 22.2 de la Ley 34/2002 en la redacción dada por el Anteproyecto, según la cual “Cuando sea técnicamente posible y eficaz, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones”.

Dicha previsión reproduce, de forma prácticamente literal, lo señalado en el último inciso del considerando 66 de la Directiva 2009/136/CE; no obstante, es preciso tener en cuenta que la mencionada Directiva exige la prestación real del consentimiento del interesado, lo que no sucederá en los supuestos en los que los parámetros del navegador se encuentren configurados por defecto para admitir la instalación de dispositivos invisibles. Debe a tal efecto recordarse que desde el punto de vista de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, el artículo 3 h) de la misma define el consentimiento como “Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”, no pudiendo considerarse que reúne tales requisitos la mera aceptación por defecto de determinados parámetros de privacidad en el navegador cuando se ignore en la práctica que el mismo se encuentra configurado para admitir la instalación de los dispositivos a los que venimos haciendo referencia.

En este sentido, ya se ha hecho referencia al dictamen 2/2010 del Grupo de trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Debe también recordarse lo indicado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su dictamen acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 16 de octubre de 2010, en el que se señala lo siguiente:

*“99. Como se describe más arriba, los navegadores web suelen permitir cierto nivel de control de determinados tipos de cookies. Actualmente, los parámetros por defecto de la mayor parte de los navegadores aceptan todas las cookies. Dicho de otro modo, los navegadores están configurados para aceptar por defecto todas las cookies, independientemente del objetivo que éstas tengan. Sólo si el usuario modifica los parámetros de su navegador para no aceptar las cookies,*

*cosa que, como se comenta más arriba, muy pocos usuarios hacen, no recibirá cookies. Además, cuando los navegadores se instalan por primera vez o se actualizan no están dotados de asistentes de privacidad.*

*100. Un modo de mitigar el problema anterior sería que en los navegadores se definieran unos parámetros de privacidad por defecto, es decir, que llevaran definido el parámetro de «no aceptación de cookies de terceras partes». Como complemento, y para que esto fuera más efectivo, los navegadores deberían obligar a los usuarios a pasar por un asistente de privacidad durante su instalación o actualización. De cara al futuro, es necesario que haya más posibilidades de ajuste e información clara sobre los tipos de cookies y la utilidad de algunas de ellas. Se debería informar debidamente a los usuarios que deseen ser observados a los fines de recibir publicidad, quienes deberían tener que cambiar la configuración del navegador para recibirla (en lugar de viceversa). De este modo los usuarios tendrán un mejor control de sus datos personales y su privacidad. Esto sería, en opinión del SEPD, un modo efectivo de respetar y salvaguardar el consentimiento del usuario ( 1 ).*

*101. Teniendo en cuenta, por una parte, la amplitud del problema, es decir, el número de usuarios de Internet que están siendo observados actualmente basándose en un consentimiento ilusorio, y, por otra, la importancia de los intereses en juego, la necesidad de salvaguardas adicionales se hace más acuciante. La aplicación del principio de PdD en las aplicaciones de navegación por Internet podría suponer una diferencia enorme respecto de la posibilidad de dar a los particulares el control de las prácticas de recopilación de los datos que se utilizan con fines publicitarios.”*

Pues bien, la solución que debe darse en el presente supuesto ha de ser similar a la que acaba de describirse: por una parte, no puede ignorarse que la necesidad de aceptar expresamente cada instalación de un dispositivo invisible dificultaría enormemente la navegación por Internet hasta el punto de hacerla difícilmente viable; pero por otra parte no puede ignorarse que la Directiva 2009/136/CE exige para la instalación de los dispositivos el consentimiento del interesado, no pudiendo considerarse que la mera instalación de un navegador que admite por defecto esa instalación, incluso sin el conocimiento del interesado, suponga la prestación por aquél de un consentimiento a dicha instalación.

Por este motivo, la solución establecida en el Proyecto sometido a informe podría considerarse adecuada siempre que quepa entender que la efectiva prestación del consentimiento únicamente puede considerarse eficaz en caso de que el interesado, en la instalación o actualización del navegador haya podido configurar activamente los parámetros de búsqueda a los que se refiere el artículo 22.2 de la Ley 34/2002 en la redacción propuesta por el



Anteproyecto. Para ello sería necesario completar el precepto haciendo expresa referencia a esta circunstancia e indicando lo siguiente en el segundo inciso del párrafo primero:

**“Cuando sea técnicamente posible y eficaz, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, **siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización.**”**

## VIII

Siguiendo con la estructura ya comentada, procede ahora entrar en el análisis del apartado primero de la Disposición final primera del Anteproyecto, por el que se modifica el artículo 21.1 de la Ley 34/2002, reemplazándose el actualmente vigente por el siguiente:

*“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. Asimismo, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, que contravengan lo dispuesto en el artículo 20, que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones o en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en el artículo 20”*

EL precepto ahora sometido a informe tiene por objeto la transposición del artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE en la redacción dada al mismo por el artículo 2.7 de la Directiva 2009/136/CE. Dicha norma introduce en el texto del artículo 13 la Directiva, fundamentalmente y en lo que interesa a los efectos del presente informe, un nuevo apartado 4 según el cual “se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que contravengan lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones o en los que se aliente a los destinatarios a visitar páginas web que contravengan el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE”.

Pues bien, el Anteproyecto reproduce, *mutatis mutandi*, lo dispuesto en la norma comunitaria que tiene por objeto transponer, por lo que nada cabe objetar, con carácter general, a su contenido.

No obstante, existen dos cuestiones derivadas del tenor del nuevo precepto que deben ser particularmente tenidas en cuenta:

En primer lugar, y en una problemática que ya se plantea en la propia Directiva, el artículo 21.1 prohíbe la remisión de mensajes electrónicos con fines de venta directa “que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones”. Dicha previsión parece contradecirse, para el caso de las comunicaciones efectuadas a través de este tipo de mensajes, con lo dispuesto en los artículos 21.2 y 22.1 de la Ley 34/2002.

El primero de ellos, aplicable a la excepción que asimismo contempla el artículo 13.2 de la Directiva 2002/58/CE, tanto en su redacción anterior como en la resultante de la reforma, dispone que “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”.

El segundo, por su parte establece, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 de la Directiva, que “el destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente”, añadiendo que “a tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado”.

Como puede comprobarse, ambas normas se limitan a indicar que es necesario poner a disposición de los destinatarios un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa a la remisión de las comunicaciones comerciales, sin especificar cuál habrá de ser ese medio en caso de que las comunicaciones se lleven a cabo a través de un mensaje electrónico.

Sin embargo, la Directiva 2009/136/CE impone en la nueva redacción del apartado 4 del artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE la obligación de incorporar en ese caso “una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones”, detallando así el medio sencillo y gratuito que el remitente de la comunicación comercial deberá, en todo caso, poner a disposición del destinatario de la misma. Esta expresión es reproducida literalmente en la nueva redacción del apartado 1 del artículo 22 de la Ley 34/2002 propuesta en el Anteproyecto sometido a informe”.

Se produce así una contradicción entre ambas normas que, a nuestro juicio, debe resolverse a favor del artículo 13.4 de la Directiva, dada la tajante prohibición que la misma contiene de la remisión de comunicaciones

comerciales en que no se incluya como medio para el ejercicio de estos derechos una dirección válida a la que el interesado pueda dirigirse.

Ello implica necesariamente que deberán modificarse los artículos 21.2 y 22.1 de la Ley 34/2002 haciendo referencia a la dirección válida como medio sencillo y gratuito para el ejercicio de los derechos cuando las comunicaciones comerciales son remitidas a través de correo electrónico.

Por todo ello, se propone la modificación de ambos preceptos, haciendo expresa referencia a este supuesto específico contemplado en el artículo 13.4 de la Directiva 2002/58/CE, para lo que será preciso completar el tenor del párrafo segundo del artículo 21.2 y del párrafo segundo del artículo 22.1 de la Ley 34/2002, añadiendo en ambos casos el siguiente inciso:

**“Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho.”**

Teniendo en cuenta la reforma propuesta y en consecuencia la especificación de la obligación de inclusión de la dirección en los supuestos contemplados en los artículos 21.2 y 22.1 de la Ley 34/2002, lo que consiguientemente implica la prohibición de la remisión de mensajes electrónicos sin incluir dicha dirección, cabría considerar adecuadamente transpuesta la Directiva 2009/136/CE mediante las aquéllas reformas, resultando ya innecesario especificar nuevamente en el artículo 21.1 que queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales “que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones”, por lo que **procedería la supresión de este inciso en el artículo 21.1.**

## IX

En relación con el tenor del artículo 21.1 modificado por la disposición final primera.1 del Anteproyecto sometido a informe es igualmente necesario efectuar una segunda consideración, no referida directamente a su tenor literal sino a la aplicación práctica del mismo.

Como se indicó con anterioridad, y al margen de la remisión a la dirección para la manifestación de la negativa a la recepción de nuevas comunicaciones a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior de este informe, el artículo 13.4 de la Directiva 2002/58/CE en su nueva redacción prohíbe la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que contravengan lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE, o en los que se aliente a los destinatarios a visitar páginas web que contravengan el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE

El artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE, a su vez, dispone lo siguiente:

*“Además de otros requisitos en materia de información establecidos en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen un servicio de la sociedad de la información cumplan al menos las condiciones siguientes:*

*a) las comunicaciones comerciales serán claramente identificables como tales;*

*b) será claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales;*

*c) las ofertas promocionales, como los descuentos, premios y regalos, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, deberán ser claramente identificables como tales, y serán fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos;*

*d) los concursos o juegos promocionales, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, serán claramente identificables como tales las condiciones de participación; serán fácilmente accesibles y se presentarán de manera clara e inequívoca.”*

Este precepto es transpuesto al derecho español por el artículo 20 de la Ley 34/2002, al que se remite el propio artículo 21.1 en la redacción contenida en el Anteproyecto.

Pues bien, sin perjuicio de que como se señaló con anterioridad esta Agencia no plantee objeción alguna al tenor de las prohibiciones contenidas en el nuevo precepto, sí es preciso señalar que su ubicación sistemática, una vez suprimida conforme al apartado anterior la exigencia de indicación de una dirección donde manifestar la oposición, puede dar lugar a ciertos problemas en su aplicación, dado que corresponderá a esta Agencia la imposición de las sanciones que pudieran derivarse de su incumplimiento.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.2, párrafo segundo in fine de la Ley 34/2002 “corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de esta Ley”

El artículo 38.4 d) de la Ley tipifica como infracción leve “el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan

los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”. A su vez, conforme al artículo 38.3 c) de la Ley es infracción grave “el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

La inclusión de las prohibiciones introducidas en la nueva redacción del artículo 21.1 de la Ley 34/2002 por el Proyecto sometido a informe implicará que corresponda a esta Agencia la imposición de las sanciones correspondientes a su vulneración, cuando las mismas guardan una mayor relación con la protección de los consumidores y usuarios que con la garantía de su derecho a la protección de datos de carácter personal y, en su caso, de su privacidad, toda vez que a diferencia de lo que sucede en el caso de envío de comunicaciones comerciales sin el consentimiento del interesado no se produce como consecuencia de la vulneración de los restantes supuestos introducidos ahora en el precepto ningún tratamiento de datos de carácter personal.

Al propio tiempo, la inclusión de estas prohibiciones haría necesaria la modificación del apartado 2 del artículo 21 de la Ley 34/2002, dado que el mismo contiene en su redacción actual una excepción al envío de comunicaciones comerciales no solicitadas. Mientras que si se mantuviera la redacción actual el precepto también excluiría el cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 20 de la Ley 34/2002.

Teniendo todo lo señalado en cuenta y particularmente el hecho de que tales prohibiciones traen causa de la Directiva 2000/31/CE y no de la propia Directiva 2002/58/CE, cuya salvaguarda sí corresponde a esta Agencia, resultaría más ajustado al espíritu de la norma que las mismas se incorporasen no al artículo 21, sino al artículo 20 de la Ley, al que van directamente referidas.

Por este motivo, se propone modificar el artículo 20 de la Ley 34/2002, introduciendo un nuevo apartado cuarto con el siguiente tenor:

***“4. Queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en el artículo 20.”***

En caso de no optarse por esta solución será precisa la modificación del artículo 21.1 de la Ley 34/2002, introduciendo el precepto propuesto como párrafo segundo, así como modificar el apartado 2 del citado artículo

especificando que “Lo dispuesto en el **párrafo primero del apartado anterior** no será de aplicación” al supuesto que el mismo regula. Igualmente deberían modificarse los tipos regulados en los artículos 38.3 c) y 38.4 d), reemplazando la referencia al artículo 21 por una referencia al **“primer párrafo del apartado 1 y apartado 2 del artículo 21”**.

## X

Siguiendo la estructura perfilada en el apartado I de este informe debe hacerse ahora referencia a las normas contenidas en el Anteproyecto referidas al régimen de aplicación y cumplimiento de la Directiva 2002/58/CE establecidas por su artículo 15 bis, introducido por el apartado 10 del artículo 2 de la Directiva 2009/136/CE. Resulta especialmente relevante, a los efectos que ahora se analizará, recordar los apartados 2 y 3 del citado artículo, en cuya virtud:

*“2. Sin perjuicio de los posibles recursos judiciales existentes, los Estados miembros velarán por que la autoridad nacional competente y, cuando proceda, otros organismos nacionales, tengan potestad para solicitar el cese de las infracciones mencionadas en el apartado 1.*

*3. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales competentes y, cuando proceda, otros organismos nacionales, dispongan de las competencias y recursos necesarios en materia de investigación, incluida la facultad de obtener cualquier información pertinente que pudieran necesitar para supervisar y aplicar las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con la presente Directiva.”*

El artículo 46.1 de la Ley 32/2003, en la redacción dada al mismo por el apartado treinta y uno del artículo único del Anteproyecto sometido a informe otorga en el apartado f) a esta Agencia Española de Protección de Datos la condición de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones. No obstante, el último párrafo de dicho apartado no incluye en el desarrollo reglamentario de las competencias de las autoridades nacionales de reglamentación a la Agencia, siendo la única Autoridad de Reglamentación a la que no se refiere el precepto.

A nuestro juicio sería preciso que el artículo 46.1 incluyese a la Agencia Española de Protección de Datos en la enumeración que el mismo realiza en su último párrafo, así como, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 bis.2 de la Directiva 2002/58/CE, en la previsión de que dicha norma reglamentaria regulará “las funciones, responsabilidades y los recursos materiales, de personal y financieros que para el cumplimiento de los fines se les asignen”.





Este desarrollo reglamentario podrá llevarse a cabo mediante la modificación del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993.

Por tanto, se propone modificar el último párrafo del apartado 1 del artículo 46 de la Ley 32/2003 en la redacción propuesta, incorporando a esta Agencia, por lo que su tenor sería el siguiente:

“Reglamentariamente, el Gobierno desarrollará las competencias que esta Ley encomienda al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones **y a la Agencia Española de Protección de Datos**, así como las funciones, responsabilidades y los recursos materiales, de personal y financieros que para el cumplimiento de los fines se les asignen. Entre los recursos financieros, se podrá incluir la afectación de las tasas en los términos que se regulan en el título siguiente de esta Ley.”

## XI

Por otra parte una competencia fundamental vinculada al carácter de autoridad competente en materia de telecomunicaciones es la relacionada con el ejercicio de la función inspectora, recordando el artículo 15 bis.3 de la Directiva 2002/58/CE la importancia de la misma, al exigir a los Estados miembros que dichas autoridades dispongan de las competencias y recursos necesarios en materia de investigación, incluida la facultad de obtener cualquier información pertinente que pudieran necesitar para supervisar y aplicar las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con la presente Directiva.

EL ejercicio de la función inspectora se regula por el artículo 50 de la Ley 32/2003, en la redacción que al mismo se da por el apartado treinta y cuatro del Anteproyecto sometido a informe, resultando especialmente relevante lo establecido en el párrafo segundo del apartado 6 de dicha norma, en que se prevé que “Los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley vendrán obligados a facilitar al personal de inspección, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a sus instalaciones y los medios necesarios para la realización de la inspección. También deberán permitir que dicho personal lleve a cabo el control de los elementos afectos a los servicios o actividades que realicen y, de las redes que instalen o exploten, debiendo poner a disposición del personal de inspección cualquier dato que estén obligados a poseer o conservar y que éste considere precisos, con valor probatorio, sea cual fuere su soporte, entre ellos documentos, archivos, registros, y programas informáticos. Asimismo, se faculta al personal de inspección para obtener las pruebas técnicas necesarias que permitan realizar el control anterior, empleando para ello cualquier medio y soporte, entre ellos los electrónicos”. El artículo 50, sin embargo no incluye a la Agencia Española

de Protección de Datos entre las competentes para el ejercicio de la función inspectora en el ámbito de las telecomunicaciones.

Ciertamente, esta Agencia tiene atribuidas competencias sancionadoras en esta materia, ya previstas en 58 b) de la Ley 32/2003, al que expresamente se refiere el apartado cuarenta y uno del artículo único del Anteproyecto y que ya reconocía competencias a la Agencia en su redacción actualmente vigente. Para el ejercicio de dichas competencias resulta imprescindible que la Agencia pueda desarrollar adecuadamente la acción inspectora.

Además, el artículo 34 de la Ley, en la redacción dada por el Anteproyecto, establece una serie de medidas de control de la Agencia en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su apartado 1, constituyendo a la Agencia, no debe olvidarse, el artículo 46 como Autoridad Nacional de Reglamentación. El hecho de que en el presente informe se proponga que la sanción que proceda imponer en caso de violación de los datos personales o incumplimiento de los deberes de notificación se incorpore al catálogo de sanciones establecido en la Ley Orgánica 15/1999 no debe ser interpretado en el sentido de que la Agencia deje por ello de tener la naturaleza que la propia Ley reconoce en las materias vinculadas a sus competencias.

Hasta el presente momento, la Agencia ha venido fundamentando el desempeño de la actuación inspectora en relación con los sujetos sometidos a la Ley 32/2003 y a la investigación de las infracciones de dicha Ley, en criterio sustentado por la Abogacía General del Estado, en lo dispuesto en el artículo 40 de la propia Ley Orgánica, en que se establece que:

*“1. Las autoridades de control podrán inspeccionar los ficheros a que hace referencia la presente Ley, recabando cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos.*

*A tal efecto, podrán solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados.*

*2. Los funcionarios que ejerzan la inspección a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.*

*Estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas.”*

Sin embargo, como se ha señalado, esta Agencia entiende que la omisión de la Agencia del artículo 50.1 de la Ley supone la inaplicación a la

misma de las garantías reforzadas de investigación establecidas por el apartado 6 del propio artículo, por lo que considera necesario que, sin perjuicio de las matizaciones que proceda efectuar, debe incluirse a la Agencia entre las autoridades competentes para el ejercicio de la función inspectora en materia de telecomunicaciones.

Por último, el apartado 7 del artículo 50 dispone que “la aplicación del régimen sancionador, corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de esta Ley”.

Olvida el precepto que junto con las dos autoridades a las que el mismo se refiere el apartado b del artículo 58, en la redacción dada al mismo por el propio Proyecto (sin perjuicio de la modificación propuesta en el apartado V de este informe) establece que corresponde la competencia sancionadora “a la Agencia de Protección de Datos, cuando se trate de infracciones muy graves comprendidas en los párrafos z) y aa) del artículo 53 y de las infracciones graves previstas en los párrafos r) y w) del artículo 54”

Por ello, se propone introducir las siguientes modificaciones en el texto del artículo 50 de la Ley 32/2003:

1. Incluir una nueva letra d) en su apartado 1 con el siguiente texto:

**“d. La Agencia Española de Protección de Datos.”**

2. Incluir un último párrafo en el apartado 6 con el siguiente tenor:

**“La Agencia Española de Protección de Datos ostentará las potestades a las que se refiere este apartado así como las que se derivan de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.”**

3. Modificar el apartado 7, pasando a indicar lo siguiente:

**“La aplicación del régimen sancionador, corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a la Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de esta Ley”.**

## XII

Resta por último en lo que se refiere a las competencias de esta Agencia Española de Protección de Datos hacer una breve referencia a las que a la misma se atribuyen en el ámbito sancionador por el ya mencionado artículo 58 b) de la Ley 32/2003.

Como primera cuestión, debe tenerse en cuenta lo señalado en el apartado V de este informe, lo que supone una modificación del contenido del Anteproyecto, dado que las competencias sancionadoras de la Agencia tras su entrada en vigor sería las mismas que se venían regulando hasta la fecha, al haberse incorporado los incumplimientos de las obligaciones a las que se refiere el artículo 34 a la reforma de la Ley Orgánica 15/1999 que se propone en el presente informe. Ello permitiría que no fuera preciso introducir la corrección que procedería en caso contrario en la dicción del apartado cuarenta y uno del artículo único del Anteproyecto, dado que el mismo únicamente se refiere a la reforma del apartado aa) del artículo 58, cuando el texto prevé asimismo la reforma del apartado b).

No obstante, esta Agencia sí considera necesaria la introducción de ciertas modificaciones en el Anteproyecto que permitan uniformar el régimen sancionador previsto en la misma con el introducido en la Ley Orgánica 15/1999 por la Ley 2/2011, a la que ya se hizo referencia en un lugar anterior de este informe.

La citada Ley introduce dos modificaciones sustanciales en el régimen sancionador contenido en el artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1999, permitiendo la modulación de dichas sanciones en atención a las circunstancias que concurran en el caso concreto. Dichas modulaciones permiten, por una parte, aplicar la sanción correspondiente a la escala inmediatamente inferior; la segunda, reemplazar, atendidas las excepcionales circunstancias que concurran en cada caso concreto y siempre que se den los requisitos que la Ley establece, la sanción pecuniaria por un apercibimiento, que sólo podrá tener lugar en una ocasión.

En concreto, los apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, en la redacción resultante de la mencionada reforma, establecen lo siguiente:

*“5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*

*b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*

*c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*

*d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*

*e) Cuando se hay producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.*

*6. Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos*

*a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

*b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

*Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”*

A nuestro juicio, este régimen modulador de las sanciones que puede imponer la Agencia Española de Protección de Datos en el ejercicio de sus competencias debería poder ser también aplicable, si concurren las circunstancias excepcionales que el mismo contempla a los supuestos en que la imposición de la sanción responda a la comisión de una infracción de la Ley 32/2003, así como también a las que se derivasen del incumplimiento de la Ley 34/2002, que ya fueron analizadas igualmente en un lugar anterior de este informe.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, se propone añadir un apartado 2 a la Disposición final segunda del Anteproyecto, a la que ya se hizo referencia en el apartado V de este informe, en que se señale lo siguiente:

**“2. Se añade un apartado 9 al artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, con el siguiente contenido:**

**9. Lo dispuesto en los apartados 5 y 6 de este artículo será igualmente aplicable a las sanciones que la Agencia pudiera imponer de conformidad con lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de**

**Comercio Electrónico y en la Ley 32/2003, de 11 de noviembre, General de Telecomunicaciones.”**

**XIII**

Resta por último hacer referencia a un precepto en el que no se pretende la transposición de las Directiva 136/2009/CE y 140/2009/CE, sino que responde a la necesidad de evitar un vacío legal actualmente existente en relación con la realización de llamadas telefónicas con fines de venta directa y que ya había sido puesta de manifiesto por esta Agencia.

En efecto, en el informe emitido por esta Agencia en noviembre de 2008 en relación con la Inspección Sectorial de Oficio sobre llamadas telefónicas y mensajes a telefonía móvil con fines comerciales y publicitarios se describía en el apartado 4.5 una práctica llevada a cabo, generalmente, por operadores de telecomunicaciones, indicando que :

*Una práctica habitual por las compañías encuestadas consiste en seleccionar a los destinatarios en función de los rangos de numeración móvil asignados a otro operador, adaptando así la oferta comercial a mejorar las condiciones ofrecidas por éste. Otras compañías, aunque manifiestan no realizar estas prácticas en la actualidad, reconocen que prevén hacerlo en el futuro.*

*La práctica consiste en elaborar secuencialmente listados de números telefónicos móviles y distribuirlos entre los distintos teleoperadores de la plataforma de atención al cliente. La información generada es plana pues consiste, en cada caso, en un número del que la compañía desconoce de entrada cualquier otro dato que permita identificar al titular de la línea. De hecho, la compañía sólo puede presuponer quién es el operador que le presta el servicio al titular, pudiendo ocurrir que éste último ya hubiera portado la línea a otro operador y que incluso sea éste precisamente el operador que realiza la campaña telefónica de captación.*

*Como ya se ha expuesto anteriormente, de acuerdo con la doctrina marcada por la Audiencia Nacional en distintas sentencias, la actividad consistente exclusivamente en la marcación del número telefónico obtenido según el procedimiento antes descrito (dato disociado) no constituye en sí misma un tratamiento de datos de carácter personal cuando el destinatario no es identificable, por lo que no sería aplicable la normativa general de protección de datos. No obstante, si el promotor de la llamada fuera un operador de telecomunicaciones y los destinatarios fueran sus propios clientes, sí le sería aplicable la regulación especial prevista en el apartado 38.3.b) de la LGT.*

*Por otra parte, si el listado elaborado con números secuenciales al que nos referíamos anteriormente fuese contrastado con el fichero propio de clientes de la compañía para discriminar a éstos (“líneas portadas”) y excluirlos de la campaña telefónica, esta actividad sí constituiría un tratamiento de datos de carácter personal, pues evidentemente involucra datos que tienen esta consideración. También sería aplicable la normativa de protección de datos en los casos en los que el número de la línea de telefonía móvil del destinatario de la llamada figura en un fichero de exclusión del propio promotor de la llamada o bien en un fichero común de exclusión, cuando éste sea constituido, circunstancia que hasta la fecha no se ha producido.”*

Respecto al razonamiento que se ha indicado, el apartado 2.4.3 del citado informe ponía de manifiesto la existencia de una laguna legal en la materia, indicando lo siguiente:

*“En sentencia de 16 de noviembre de 2005, la Audiencia Nacional resolvió el recurso presentado contra una sanción impuesta por la Agencia Española con anterioridad a la entrada en vigor del RSU. El Tribunal no considera que la “llamada automática efectuada al domicilio del denunciante, sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conociera el titular de ese teléfono y sin que en la misma se hiciera mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, pueda ser definida como tratamiento de datos de carácter personal en los términos establecidos en el indicado artículo 3.d) de la LOPD, ya que en ningún momento ha habido tal recogida, grabación, conservación o elaboración de los mismos. Simplemente ha existido una llamada telefónica de las características expuestas, pero en la misma no se ha producido el tratamiento de datos personales del recurrente, ya que ni siquiera se conocía por la autora el titular ni domicilio de ese número de teléfono, ni en esa grabación había referencia alguna tampoco a datos personales del destinatario, sino que era meramente publicitaria. Por ello, [...] esa inclusión en su fichero del número de teléfono del denunciante en los términos que lo hizo la actora, [...] no es un dato de carácter personal según el concepto definido en el artículo 3.1, a) de la LOPD – cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, puesto que no se contiene en sus archivos automatizados los nombres de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados de guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.”*

*En similares términos se ha pronunciado el Tribunal en su reciente sentencia de 17 de septiembre de 2008, al considerar que en un caso similar no había quedado acreditado “que a través del número de teléfono móvil se haya identificado al titular del mismo o que a partir del citado número fuese posible tal identificación, de forma que el citado número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o*

*podiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal.”*

*De acuerdo con esta doctrina, queda claro que la LOPD sólo podrá aplicarse en aquellos supuestos en los que la llamada comercial se efectúa a una línea telefónica en circunstancias tales que el destinatario podría haber sido identificable para el promotor de la llamada.*

*A diferencia de lo que ocurre con las llamadas automáticas, el artículo 38.3 de la LGT no reconoce un derecho de los abonados o usuarios a no recibir llamadas con fines comerciales o de venta directa cuando las mismas se realizan por procedimientos no automáticos. Es decir, en este caso, la LGT carece de un tipo infractor específico cuya sanción se encomiende a la AEPD, que sólo es competente cuando se vulneren los derechos consagrados en el citado artículo de la LGT.*

*En consecuencia, al no haberse reconocido en este artículo los derechos que sí prevé el artículo 69.2 del RSU, la Agencia no puede sancionar su incumplimiento aplicando la LGT. Esta conducta sólo podría ser sancionada por la Agencia, sin embargo, cuando la llamada comercial (a un número fijo o móvil) se efectuara por un operador de telecomunicaciones a sus clientes (al implicar el tratamiento de sus datos de tráfico) o cuando existiera una vulneración de la LOPD, como ya se ha expuesto.”*

Esta misma conclusión se ponía de manifiesto en las recomendaciones normativas contenidas en la Memoria de esta Agencia correspondiente al año 2008, en la que se señalaba que :

*“La LGT no ha reconocido el derecho de los ciudadanos a no recibir comunicaciones comerciales no solicitadas a través de llamadas telefónicas aleatorias no automáticas. Ello supone que la vulneración de las garantías previstas en sus normas de desarrollo para este tipo de llamadas no puedan ser sancionadas al no existir un tipo de infracción específico. Debería subsanarse esta omisión incorporando a la LGT aquel derecho.”*

Tomado en cuenta estos precedentes, el Anteproyecto sometido a informe introduce un nuevo derecho en el catálogo de los derechos de abonados y usuarios relacionados con la protección de datos y la privacidad, ahora incluidos en el apartado 9 del artículo 38 de la Ley 32/2003, en la redacción dada al mismo por el apartado veintiséis del artículo único del Anteproyecto. Así, la letra i) del artículo 38.9 reconoce el derecho “a no recibir llamadas y comunicaciones con fines de venta directa, distintas de las previstas en el párrafo anterior, no deseadas y reiteradas, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual. Asimismo, a no recibir dichas llamadas y



comunicaciones sin su consentimiento expreso cuando hubieran decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial”.

Como ya se ha dicho, la inclusión del derecho a no recibir llamadas aleatorias distintas a las señaladas en el apartado h) del artículo 38.9 de la Ley 32/2003 se corresponde con una reiterada petición de la Agencia Española de Protección de Datos en este sentido. No obstante, el precepto ahora analizado establece un régimen que podría generar determinada confusión en cuanto a su alcance y contenido y una posible colisión en la aplicación de la Ley 32/2003 y de la Ley Orgánica 15/1999.

En el citado informe de la Agencia se ponía de manifiesto el régimen aplicable en cada supuesto en que se efectuaban llamadas telefónicas con fines de venta directa.

- Así, se indicaba que la prohibición de realización de llamadas automáticas sin consentimiento del interesado aparecía recogida en el artículo 38.3 h) de la Ley 32/2003, siendo susceptible de sanción conforme a los artículos 38.3 c) ó 38.4 d) de la Ley 34/2002, por la remisión efectuada por la Ley General de Telecomunicaciones.
- Tratándose de llamadas no automáticas, si las mismas implicaban el tratamiento por los operadores de los datos de sus propios clientes, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 38.3 b) de la Ley 32/2003, siendo la conducta constitutiva de infracción, en su caso, conforme a los artículos 53 z) ó 54 r) de la citada Ley.
- Si no se trataba de operadores respecto de sus clientes y el destinatario era una persona física identificada o identificable; es decir, cuando las llamadas no eran aleatorias, existía un tratamiento de datos de carácter personal, siendo la conducta del llamante en caso de no ostentar legitimación para el tratamiento de los datos (lo que sucederá si no cuenta con su consentimiento o si el interesado ha puesto de manifiesto su deseo de no recibir publicidad o se ha incorporado a una de las listas de exclusión previstas en el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, así como cuando existan directorios telefónicos que pudieran permitir la identificación del interesado) constitutiva de infracción de la mencionada Ley.
- Por último, la conducta respecto de la que no existía régimen aplicable se refería a la realización de llamadas aleatorias cuando el destinatario de la llamada no fuera identificable; es

decir, cuando sólo se contase con el dato del número de teléfono sin contar o poder contar con ninguna otra información. En este caso se hacía preciso establecer un régimen específico que garantizase los derechos del abonado, que debería incorporarse al régimen general de las telecomunicaciones, al poder ser aquél tanto persona física como jurídica.

Ello supone que en caso de mantenerse el inciso final del precepto en lo relativo a quines hubiesen puesto de manifiesto en las guías su deseo de no recibir publicidad podría producirse un solapamiento entre el régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y la Ley 32/2003, dado que al hacerse referencia a números telefónicos respecto de los que existe un directorio telefónico o bien los datos de quienes hayan puesto de manifiesto esa circunstancia las convierte en personas identificables, siendo aplicable el régimen general previsto en la Ley Orgánica 15/1999.

Por otra parte, como se ha señalado, resulta necesario que el tratamiento que se lleve a cabo de los datos correspondientes al número de teléfono de los interesados lo sea con absoluta disociación de cualquier otro dato de los mismos sin que además sea posible lograr esa identificación, por lo que el ámbito del derecho reconocido en la Ley 32/2003 debería quedar limitado a las llamadas aleatorias en las que el número telefónico no aparezca en ningún directorio de telecomunicaciones, dado que en caso contrario nuevamente sería aplicable la Ley Orgánica 15/1999, al resultar la persona identificable.

De este modo, el régimen introducido por la reforma afectaría, básicamente, a dos supuestos concretos: las llamadas aleatorias realizadas a números de telefonía fija respecto de los cuales el interesado haya ejercido su derecho a no figurar en las guías y las efectuadas a números respecto de los cuales no exista este tipo de directorio, como sucede en el caso de la telefonía móvil. Esta diferenciación trae causa de lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 32/2003, en la redacción dada al mismo por el apartado diecisiete del Anteproyecto, que prevé en sus apartados a) y c) que bajo el concepto de servicio universal se deberá garantizar que:

*“a) Todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen. La conexión debe permitir realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. No obstante, la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente.*

*c) Se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general accesible de números de*



*abonados, ya sea impresa o electrónica, o ambas, y se actualice, como mínimo, una vez al año. Asimismo, que se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados. Todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a figurar en la mencionada guía general, sin perjuicio, en todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.”*

Hecha la distinción a la que se ha hecho referencia, sería igualmente necesario que el régimen aplicable en ambos casos fuera diferente, dado que la conducta del abonado en defensa de su privacidad es igualmente distinta en un y otro caso.

En efecto, en el supuesto de guías establecidas como garantía del servicio universal y, en consecuencia referidas a telefonía fija, los supuestos en los que la reforma resultaría de aplicación afectarían únicamente a aquellos abonados que expresamente hubieran ejercido su derecho a que sus datos no sean incluidos en las mencionadas guías; es decir, a los interesados especialmente sensibles a la protección de su privacidad. Este hecho se pone de manifiesto en las propias normas de desarrollo de la Ley 32/2003 cuando imponen a los operadores una especial obligación de información a estas categorías de abonados respecto a las utilidades de visualización de las líneas llamante y conectada o al desvío automático de llamadas.

Por el contrario, en el supuesto de números telefónicos respecto de los que no se aplica la obligación de publicación de un directorio establecida en el artículo 22.1 c) de la Ley, no existe ninguna conducta del interesado tendente a reforzar las garantías de su privacidad.

A juicio de esta Agencia, esta distinción debería conducir a un régimen diferenciado en que no fuera posible la realización de llamadas aleatorias a abonados que hubieran manifestado su deseo de no ser incluidos en las guías. En este supuesto, la posible obtención del consentimiento del interesado, que permitiría la realización de las llamadas, haría que las mismas ya no fueran aleatorias, dado que el responsable podría conocer e identificar al destinatario de la llamada.

Por el contrario, debería establecerse, la posibilidad de que las llamadas aleatorias pudieran efectuarse a números no comprendidos en la obligación prevista en el artículo 22.1 c) de la Ley, si bien reconociendo expresamente el derecho de los abonados a oponerse a la realización de tales llamadas. Ese derecho debería igualmente acompañarse de un deber de información al abonado acerca de su existencia, a fin de garantizar que en lo sucesivo sólo se realizará este tipo de llamadas a quienes efectivamente no se opongan a su realización.

Por tanto, sería precisa la diferenciación de dos supuestos distintos dentro de la reforma del artículo 38.9 de la Ley 32/2003 llevada a cabo por el Anteproyecto, incluyéndose dos nuevas letras al catálogo de derechos y no solo una, como sucede en el texto sometido a informe. La primera de dichas letras sería la siguiente:

**“i) A no recibir llamadas aleatorias, con o sin intervención humana, con fines de venta directa en caso de que hubieran ejercido su derecho a no figurar en las guías de abonados a las que se refieren la letra c) del apartado 1 del artículo 22 de esta Ley.”**

Centrándonos ya en el supuesto en que las llamadas aleatorias se llevasen a cabo a números de abonados no sujetos al régimen del servicio universal; es decir, a teléfonos móviles, ya se indicó que dicho régimen debería reconocer expresamente el derecho de los interesados a oponerse a la realización de dichas llamadas, así como a ser informados de tal opción, debiendo verificarse el derecho de oposición a través de un procedimiento sencillo y gratuito.

Respecto de este supuesto, no obstante, deben efectuarse ciertas precisiones referidas al contenido del Anteproyecto sometido a informe.

En primer lugar, el texto analizado señala que no será posible la realización de llamadas “reiteradas”, considerando esta Agencia que tal dicción introduce un concepto jurídico indeterminado que además no se corresponde con el régimen de protección que tanto la Ley Orgánica 15/1999 como la Ley 32/2003 deben perseguir. En este sentido no parece lógico que en igualdad de circunstancias el régimen exigible a las llamadas aleatorias realizadas a números telefónicos móviles de forma automática sea, en lo referente a la reiteración, distinto al de aquéllas que se llevan a cabo a través de medios humanos.

Además, es preciso tener en cuenta igualmente la excepción introducida por el inciso primero del precepto, según el cual el derecho no concurrirá “en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual”. A juicio de esta Agencia este supuesto no podrá nunca concurrir por dos motivos esenciales:

En primer lugar, se está haciendo referencia a llamadas efectuadas exclusivamente con fines de venta directa, resultando improbable que una llamada efectuada a tales fines pueda ser precisa para hacer cumplir una obligación contractual.

En segundo término, la existencia de dicha relación presupone que el llamante ya cuenta con otros datos identificativos del interesado, derivados de la propia relación contractual ya generada, por lo que el tratamiento de tales

datos ya se encontraría sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, resultando probablemente amparado el tratamiento del dato del interesado que motiva la realización de la llamada en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

Tomando en consideración lo que ha venido exponiéndose, y señalada anteriormente la modificación del apartado i) del artículo 38.9 de la Ley 32/2003, se propone a continuación la inclusión de un apartado j) en los siguientes términos:

**“j) A oponerse a recibir llamadas y comunicaciones aleatorias con fines de venta directa, en los supuestos no comprendidos en las dos letras anteriores y a ser informado de este derecho”**

#### XIV

En consecuencia, esta Agencia considera necesaria la introducción en el Anteproyecto sometido a informe de las modificaciones a las que se ha hecho referencia en el cuerpo del presente informe.