



Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley por la que se reforma el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, 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:

I

El Anteproyecto sometido a informe tiene por principal objeto la modificación del régimen de protección de los consumidores y usuarios, contenido en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, a fin de ajustar el mismo a lo dispuesto en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, reguladora de los Derechos de los consumidores, que modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, reformándose el régimen regulador de los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. De este modo, y sin perjuicio de otras modificaciones contenidas en el Texto sometido a informe, la mayor parte del mismo tiene por objeto la modificación integral del Título III del Libro II de la Ley, referido al régimen de esta categoría de contratos. Asimismo, el Anteproyecto sometido a informe deroga lo establecido en los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, y en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones, según se señala en la Exposición de Motivos, son incompatibles con el régimen de armonización máxima establecido en la Directiva objeto de transposición.

Obviamente, la mayor parte de las previsiones contenidas en el Anteproyecto establecen un régimen de garantías de los derechos de los consumidores en la contratación de bienes y servicios que exceden, en cuanto a su ámbito de protección, del régimen contenido en la Ley Orgánica 15/1999, al tener por objeto el establecimiento de garantías que eviten la contratación de los citados bienes o servicios de forma fraudulenta o engañosa o a evitar que el consumidor y usuario no tenga conocimiento o tenga un conocimiento equívoco

de las condiciones que gobiernan la contratación o de los derechos que la Ley le otorga en relación con la misma.

No obstante, es preciso tener en cuenta que cuando el consumidor sea una persona física la contratación de los bienes o servicios a los que se refiere la Ley implicará como regla general, y máxime en los supuestos de contratación a distancia, un tratamiento de los datos personales del consumidor y usuarios, que deberá ser objeto de protección conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y sus disposiciones de desarrollo. De este modo, la interacción entre los regímenes de protección de datos de carácter personal y protección de los consumidores y usuarios resulta evidente, siendo necesario que las previsiones contenidas en el Anteproyecto no puedan generar confusión en la aplicación del régimen de protección de datos cuando esa interrelación pudiera resultar más evidente.

Hecha la anterior consideración, son cuatro las cuestiones en que el régimen contenido en el Anteproyecto puede tener una mayor interrelación con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999: la información a facilitar al consumidor y usuarios, el establecimiento de líneas de atención o comunicación con el cliente, la realización de comunicaciones comerciales y los procedimientos de prueba de la celebración del contrato, teniendo en cuenta, en cuanto a éstos último, el ingente incremento de denuncias presentadas ante la Agencia Española de Protección de Datos por interesados que dicen no haber contratado los servicios que están siendo objeto de facturación a los mismos, con la consiguiente consecuencia, en un gran número de ocasiones, de la inclusión de sus datos en ficheros relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias.

II

En relación con la información que deberá ser facilitada a los consumidores, el artículo 60 del Texto refundido, en la redacción dada al mismo por el Anteproyecto establece en su apartado 2 que “serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicio establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además” la enumerada por el propio precepto, dentro de la cual se hace referencia (apartado i) a la información referida a “cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección” y (apartado j) “toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer”.

Del mismo modo, en el caso de contratos a distancia, el artículo 97.1 impone al empresario la obligación de facilitar, entre otra información, la citada en los apartados anteriores del artículo 60 (apartados s) y t) del artículo 97.1).



Ciertamente, el artículo 6.1 de la Directiva 2011/83/UE establece que “antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el comerciante le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: (...) s) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer; t) cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo”. De este modo, el artículo 97.1 tiene por objeto la transposición de la citada Directiva, mientras que el artículo 60.2 tiene por objeto establecer estos deberes de información con carácter general en cualesquiera supuestos de contratación de bienes y servicios.

Sin perjuicio de todo ello, debe recordarse que en materia de protección de datos de carácter personal se establecen asimismo una serie de deberes de información al afectado, en este caso consumidor y usuario, cuyo recordatorio en las normas a las que venimos haciendo referencia en este punto resultaría necesario para garantizar los derechos de los afectados y la seguridad jurídica derivada de su inclusión también en este texto normativo. Además, dicha normativa se complementa con lo establecido en la disposición adicional única del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, según la cual “Los productos de software destinados al tratamiento automatizado de datos personales deberán incluir en su descripción técnica el nivel de seguridad, básico, medio o alto, que permitan alcanzar de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de este Reglamento”.

Sobre la legalidad de esta disposición adicional se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de julio de 2010, en cuyo fundamento de derecho vigésimo tercero se señala lo siguiente:

“Afirma la recurrente que impone a los responsables y encargados de los ficheros y tratamientos la utilización de determinados productos de software y a los fabricantes, distribuidores y vendedores de dichos productos de incluir las descripciones técnicas que exige la norma. Sostiene que la primera es una obligación no exigible por la Ley ni por la Directiva, y que la segunda crea una barrera al comercio dentro de los países de la Unión.

La impugnación debe desestimarse. Ni la disposición adicional impone a los responsables y encargados de los ficheros y tratamientos la utilización de un producto de determinadas características, en cuanto que lo único que exige es que se describan las características técnicas



del producto para que el adquirente pueda conocer si el nivel de seguridad que ofrecen cumple con las medidas que de tal naturaleza se previenen en el Título VIII, relativo a las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal, ni implica una restricción al comercio, pues dentro del ámbito competencial que le es propio, lo único que viene a exigir, en garantía de los compradores y también de los afectados por el tratamiento de datos, es la indicación de aquellas características.

En definitiva, responde a los deberes de seguridad que impone el artículo 9 de la Ley.”

Respecto de las condiciones generales establecidas en el artículo 60.2 del Texto Refundido podría considerarse que las citadas obligaciones de información podrían entenderse contenidas en las normas que resultan de aplicación, respecto de las que se establece una referencia general en el encabezamiento de la norma. No obstante, esta previsión no se contiene en el apartado 1 del artículo 97, en el que la enumeración de los deberes de información pudiera incluso considerarse taxativa.

Por otra parte, la inclusión de dos previsiones específicas relacionadas con estos deberes de información, aun no incluidas en la Directiva 2011/83/UE, no ha de considerarse contraria a la misma, toda vez que ambas traerían causa de la aplicación de las normas de transposición de la Directiva 95/46/CE, cuyo régimen también integrado en el derecho de la Unión ha de ser respetado por los Estados Miembros.

Por todo ello, se propone la inclusión de dos nuevas letras en los artículos 60.2 y 97.1 del Texto refundido, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, en las que se incluyan también como deberes de información los siguientes:

“La información relativa al tratamiento de sus datos de carácter personal, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y sus disposiciones de desarrollo”

“Cuando se trate de productos de software destinados al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el nivel de seguridad, básico, medio o alto, que permitan alcanzar de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.”



III

Por otra parte, el Anteproyecto modifica lo dispuesto en el artículo 21.2 del Texto Refundido, disponiendo en el párrafo segundo de dicho precepto que “En caso de que el empresario opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor no estará obligado a pagar más de la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas”.

Debe en este punto tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto en el artículo 24.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que sería aplicable a este supuesto por cuanto la línea de atención al cliente podría ser empleada por el interesado para el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Dispone el citado precepto que “El ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición será gratuito y en ningún caso podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan. No se considerarán conformes a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento los supuestos en que el responsable del tratamiento establezca como medio para que el interesado pueda ejercitar sus derechos el envío de cartas certificadas o semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste excesivo para el interesado”.

El problema se plantea por cuanto podría considerarse que el abono de la tarifa básica a la que se refiere el artículo 21.2 del Texto Refundido en la redacción dada al mismo por el Anteproyecto podría contravenir la exigencia de gratuidad a la que se refiere el citado artículo 24.3 del Reglamento.

No obstante, debe recordarse que la norma objeto de informe en el presente lugar tiene por objeto la transposición al derecho español de lo establecido en el artículo 21 de la Directiva 2011/83/UE, según el cual “los Estados miembros velarán por que, en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor –cuando se comunique con el comerciante– no esté obligado a pagar más de la tarifa básica”, añadiendo en su párrafo segundo que “lo dispuesto en el primer párrafo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas”.

En este sentido, debe tenerse en cuenta la redacción del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 procede de lo dictaminado, en fecha 15 de noviembre de 2007, por el Consejo de Estado al citado Proyecto, indicando

en el apartado 7.3 de su Dictamen que “El Consejo de Estado considera que, a la vista de los antecedentes legales, debería emplearse una única redacción en materia de ejercicio de los derechos, de modo que se indique que el mismo, gratuito, no supondrá ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento procedente del interesado o afectado”.

De este modo, cabe considerar que con la norma se pretende excluir de manera explícita que el ejercicio de dichos derechos supusiese en alguna manera un lucro para el responsable del fichero. Por dicha razón, y a los efectos de reforzar el contenido de lo ya expresado, se incluyó la expresión “en ningún caso”, a los efectos de poder excluir, sea la forma y manera que fuere la existencia de cualquier clase de ventaja de naturaleza económico por el ejercicio de cualquiera de estas facultades por parte del afectado.

De este modo, el Reglamento excluye los supuestos en los que el afectado hubiera de satisfacer al responsable del fichero un precio como consecuencia del ejercicio de sus derechos, haciendo referencia el Reglamento, a título meramente ejemplificativo a determinados cauces habitualmente empleados por las empresas para la prestación de determinados servicios a los clientes, que pudieran implicar una vulneración concreta del principio de gratuidad, perseguido por la norma: el envío de cartas certificadas y la llamada a números de tarificación adicional.

De este modo, si la norma es interpretada en el sentido citado, especialmente teniendo en cuenta que su objeto según la norma comunitaria de la que trae causa será el que no quepa la realización de abono alguno al empresario, en el caso de las normas de protección de datos responsable del fichero, cabrá entender que su contenido resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 24.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, si bien cabría tener en cuenta lo señalado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Directiva 2011/83/UE, a fin de explicitar claramente que el consumidor y usuario no procederá a realizar abono alguno al empresario, sin perjuicio del que pudiera proceder a abonar al operador como consecuencia de la aplicación de la tarifa básica a la que se viene haciendo referencia.

IV

En tercer lugar debe hacerse referencia al régimen de comunicaciones comerciales, contenido en los artículos 94 y siguientes del Texto refundido, en la redacción dada a los mismos por el Anteproyecto. A tal efecto, el texto diferencia las comunicaciones dirigidas a los consumidores y usuarios por medios electrónicos (artículo 94), de las que se le dirijan a través de medios telefónicos (artículo 96, referido en sus apartados 2 a 4 a este tipo de medios a pesar de tener una rúbrica más amplia).



En cuanto a las primeras, el artículo 94 dispone que será de aplicación a las mismas, además de lo dispuesto en la propia Ley, lo establecido por la normativa reguladora de los Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico, contenida en la Ley 34/2002, de 11 de julio.

Esta previsión es coherente con lo señalado por el apartado 61 del Preámbulo de la Directiva 2011/83/UE, que indica que “la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), regula las comunicaciones no solicitadas y ofrece un elevado nivel de protección de los consumidores. No se precisan, por lo tanto, las disposiciones correspondientes sobre el mismo asunto que figuran en la Directiva 97/7/CE”.

Sin embargo, en relación con las comunicaciones telefónicas, aun sometidas al régimen de la citada Directiva y habiendo sido objeto de transposición en el Derecho español por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, el Anteproyecto sometido a informe establece un régimen específico disponiendo en la reforma del artículo 96.3 que “la utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario”. Además, añade el artículo 96.4, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, que “en todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre protección de los menores y respeto a la intimidad. Cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas”.

A tal efecto, debe recordarse que el artículo 38.3 de la Ley 32/2003, en la redacción resultante de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, reconoce en sus apartados b) y h) los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas “a que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento previo informado para ello” y “a no recibir llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana, o mensajes de fax con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello”.

Por otra parte, en el momento presente ha sido objeto de dictamen por parte de esta Agencia, en fecha 14 de marzo de 2013, el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones, cuyo artículo 47 reconoce en sus apartados o) y p) los derechos de los usuarios finales:



“o) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

p) A oponerse a recibir llamadas no deseadas y reiteradas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho”

Dicho precepto ha sido asimismo, como se ha indicado, objeto de informe por la Agencia Española de Protección de Datos, proponiéndose la modificación de su contenido. En el informe, en que remitiéndose al emitido a un Anteproyecto anterior en fecha 14 de marzo de 2011 la Agencia recuerda que aquél ponía ya de manifiesto la problemática que pudiera derivarse del establecimiento de este régimen, analizando los precedentes que se habían producido en la actuación de la Agencia para garantizar el derecho del interesado a no recibir llamadas o mensajes de fax con fines de venta directa. En los citados informes se indicaba lo siguiente:

“(…) 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.c) 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.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 pudiesen 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 pueda ser sancionada 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 quienes 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 número 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.

Por otra parte, el precepto 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 de forma automática sea distinto al de aquéllas que se llevan a cabo a través de medios humanos, dado que en ambos casos se parte de la aleatoriedad en la elección del número al que se realiza la llamada, siendo la actuación de la persona llamante meramente mecánica y similar a la que se derivaría de la utilización para la realización de una llamada de una máquina. Del mismo modo, los perjuicios derivados de la llamada son similares en uno y otro caso, por lo que no parece lógico que en el segundo de ellos sea precisa la introducción de un elemento de reiteración inexistente en el primero.

Este mismo principio habría de tenerse en cuenta en relación con la naturaleza del consentimiento exigible en este caso, que debería resultar similar al establecido para el supuesto de realización de llamadas automáticas, al ser similares las circunstancias en uno y otro caso.

Por último, 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.”

Teniendo en cuenta estos precedentes, la Agencia consideró que sería preciso el reconocimiento expreso de una serie de derechos que protegieran al usuario final frente a cualquier supuesto de recepción de comunicaciones



comerciales por medio de llamadas telefónicas y mensajes de fax, siendo en consecuencia homogénea la garantía de estos derechos mediante la aplicación en todo caso de los procedimientos de coerción o prevención establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, se proponía que el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones debería reconocer expresamente los siguientes derechos de los usuarios finales:

- “- A no recibir llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana, o mensajes de fax con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo, expreso e informado para ello.
- A no recibir sin su consentimiento, llamadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los referidos en el supuesto anterior, cuando hubieran decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ejercido el derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, o solicitado la incorporación a los ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales regulados en la normativa de protección de datos personales.
- A oponerse a recibir llamadas no solicitadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el primero de los supuestos mencionados y a ser informado de este derecho.”

Ciertamente el apartado 3 del artículo 96 del Texto Refundido que propone la norma objeto de informe viene a recoger un principio similar al establecido como derecho de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas en el apartado h) del artículo 38.3 de la Ley 32/2003, sin perjuicio de que no se haga en el texto informado referencia al hecho de que el consentimiento habrá de ser informado.

No obstante el hecho de que el Anteproyecto no cubra la totalidad de los supuestos de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos distintos de los excluidos por el artículo 94 del Texto Refundido en la redacción propuesta podría plantear problemas a la hora de determinar el régimen aplicable en cada caso, siendo a nuestro juicio preferible que la regulación de este tipo de comunicaciones aparezca recogida en una sola norma y no, de forma parcial, en el Anteproyecto sometido a informe.

Por este motivo, se considera deseable que se establezca respecto de las comunicaciones a las que se refiere el artículo 96.3 un régimen de remisión general a la legislación de telecomunicaciones, sin perjuicio de la aplicación de



las normas del Anteproyecto que pudiera proceder en su caso, mediante una remisión similar a la establecida en el artículo 94 para las comunicaciones a través de correo electrónico y medios equivalentes.

Por todo ello, se propone que el artículo 96 comience con un apartado primero en que se establezca esta remisión general, seguido de las reglas contenidas en los actuales apartados 2 y 3 y concluyendo con las especialidades que inmediatamente se indicarán para el apartado 4. Así, la redacción del apartado 1 sería la siguiente

“1. En la utilización por el empresario de técnicas de comunicaciones electrónicas distintas de las mencionadas en el artículo 94 de esta Ley se aplicará, además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre telecomunicaciones.”

V

Por otra parte, como se indicó, el apartado 4 del artículo 96 del Texto Refundido, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, prevé en su segundo inciso que “Cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas”.

Sin perjuicio de que la categoría jurídica de las fuentes accesibles al público no haya desaparecido completamente del ordenamiento jurídico español, debe tenerse en cuenta que la referencia a las mismas efectuada por el Texto sometido a informe debe matizarse como consecuencia de los efectos derivados de la Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 y la consiguiente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012, por la que se anula lo dispuesto en el artículo 10.2 b) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

La redacción propuesta del artículo 96.4 traería su causa de lo dispuesto en los artículos 5.5, párrafo segundo, y 30.2 de la Ley Orgánica 15/1999. Conforme al primero de ellos “tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten”. Además, según el artículo 30.2 “cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que



se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten”.

Ambos preceptos traerían su causa de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor “Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento”.

Es te precepto partía del régimen establecido en los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, que tasaba las causas legitimadoras para el tratamiento y cesión de los datos, limitando así los supuestos de uso de los datos para la realización de comunicaciones comerciales a los dos casos mencionados por el precepto.

Sin embargo, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011 añade un nuevo supuesto de legitimación a los establecidos en los citados artículos 6 y 11, al reconocer el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, a cuyo tenor “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”.

El propio Tribunal analiza la aplicación de esta norma al señalar, en los apartados 38 y siguientes, que:

“38 Dicho artículo 7, letra f), establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado.

39 De ello se sigue que, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 se opone a toda normativa nacional que, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, imponga exigencias adicionales que se sumen a los dos requisitos acumulativos mencionados en el apartado anterior.



40 *No obstante, ha de tenerse en cuenta que el segundo de esos requisitos exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado (en lo sucesivo, «Carta»).*”

En cuanto al hecho de que los datos figuren en fuentes accesibles al público, en los apartados 44 y siguientes la sentencia indica:

“44 *En lo que respecta a la ponderación requerida por el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, cabe tomar en consideración el hecho de que la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público.*

45 *En efecto, a diferencia de los tratamientos de datos que figuran en fuentes accesibles al público, los tratamientos de datos que figuran en fuentes no accesibles al público implican necesariamente que el responsable del tratamiento y, en su caso, el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos dispondrán en lo sucesivo de ciertas informaciones sobre la vida privada del interesado. Esta lesión, más grave, de los derechos del interesado consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe ser apreciada en su justo valor, contrapesándola con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos.*

46 *A este respecto, procede subrayar que nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación.*”

Como consecuencia de lo señalado en esta sentencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012, como se ha indicado, anula el artículo 10.2 b) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, referido a las fuentes accesibles al público como legitimador del tratamiento.

En consecuencia, el marco normativo de la protección de datos derivado de la adopción de las sentencias citadas introduce ciertas modificaciones en el régimen de las comunicaciones comerciales a las que se refiere el artículo 96.4 del Texto Refundido en la redacción contenida en el Anteproyecto, dado que es posible que en determinados supuestos los datos sean recogidos de fuentes distintas a las estrictamente consideradas fuentes accesibles al público en la



definición dada a las mismas por los artículos 3 f) de la Ley Orgánica 15/1999 y 7 de su Reglamento de desarrollo, siendo lícito el tratamiento por aplicación del juicio de ponderación establecido por el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE.

Ello impone una reconsideración del precepto ahora analizado, de forma que permita cubrir todos los supuestos de tratamiento de datos con fines de remisión de comunicaciones comerciales por los medios analizados en el artículo 96 y que no cuenten con el consentimiento del interesado, por aplicación de la regla de exclusión establecida en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 15/1999, completada con la aplicación directa del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE acordada por el tribunal de Justicia de la Unión.

Por este motivo, se propone modificar el inciso segundo del artículo 96.4 propuesto, pasando a tener la siguiente redacción:

“Cuando **para la realización de comunicaciones comerciales** se utilicen datos personales **sin contar con el consentimiento del interesado** se proporcionará al destinatario la información que señala el **artículo 30.2 de** la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.”

VI

Resta por último hacer referencia a los preceptos reguladores de los requisitos formales de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, regulados por los artículos 98 y 99 del Texto Refundido, a los que el Anteproyecto da nueva redacción transponiendo lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Directiva 2011/83/UE.

En relación con este punto es preciso hacer referencia, como se anticipó al comienzo de este informe a una supuesto reiteradamente planteado ante esta Agencia Española de Protección de Datos, derivado de la existencia de un enorme número de denuncias en las que los interesados manifiestan que diversas compañías, pertenecientes esencialmente a los sectores de las telecomunicaciones, suministros de agua, gas y electricidad y sector financiero, les han facturado la realización de servicios no contratados por los mismos. Es decir, se cuestiona en definitiva la veracidad de contrataciones de servicios realizadas por medios telefónicos o telemáticos, y, con ello, la legitimidad de los tratamientos de sus datos personales para la realización de dichas contrataciones.

En este sentido, también se han incrementado el número de procedimientos sancionadores tramitados a empresas relativos a tratamientos de datos personales sin consentimiento por la realización de altas no



solicitadas en servicios, así como procedimientos relacionados con la contrataciones o compras fraudulentas de servicios derivadas de suplantaciones de identidad, en algunos de los cuales la Agencia ha constatado que las entidades prestadoras del servicio no han sido diligentes ni adoptado las medidas necesarias para acreditación de la identidad real del contratante.

En particular, durante los años 2010 y 2011 se registraron por estos motivos aproximadamente unas 1.115 denuncias y actuaciones previas de investigación, y se iniciaron más de 250 procedimientos sancionadores.

Estas denuncias han dado lugar a un gran número de procedimientos en que la Agencia Española de Protección de Datos ha impuesto a diversas compañías (fundamentalmente de los sectores indicados, pero también de otros sectores) sanciones por infracción de los artículos 6.1 y 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, al tratar datos sin contar con el consentimiento de los interesados, produciéndose además así una vulneración del principio de exactitud, consagrado por el segundo de los preceptos citados, según el cual “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

Ello a su vez ha generado una ingente doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en que se han venido confirmando las resoluciones dictadas por la Agencia, al apreciar que las entidades han procedido al tratamiento inconsentido de datos de sus supuestos clientes sin aportar una mínima prueba que siquiera indiciariamente permitiera acreditar que se había identificado diligentemente al supuesto cliente.

Así, se ha declarado que no se habían aportado tales indicios, frente a la negativa del consumidor y usuario a haber celebrado el contrato en supuestos en que no se aportaba por la entidad contratante el contrato supuestamente celebrado (SAN 20/7/2012) o los contratos escritos se aportaban sin copia del Documento Nacional de Identidad del denunciante (SSAN 28/12/2012 y 11/3/2013), en los que se aportaban por el empresario simplemente grabaciones de conversaciones de las que no se deriva la celebración del contrato (SAN 20/7/2012) o cuando se usaron datos de quien ya mantenía una relación contractual con el empresario para la celebración de nuevos contratos, negada por el consumidor (SSAN 2/2/2012, 20/7/2012, 30/11/2012, 11/1/2013 y 25/2/2013), facturarle nuevos servicios (SSAN 5/12/2012, 11/2/2013 y 11/3/2013) o asignarle servicios prestados a otro cliente que coincide con aquél en su nombre y apellidos (SAN 2/11/2012).

Asimismo, la Audiencia Nacional negó la existencia de contrato en los supuestos de vinculación de los datos de un cliente a los del contrato celebrado con un tercero que aportó el documento nacional de identidad del cliente que

había sido falsificado (SAN 1/3/2013), incluso con posterioridad a que se pusiera de manifiesto este hecho (SAN 8/2/2013).

Otros supuestos en los que se ha negado la existencia de contrato se refieren a los casos de devolución inmediata del equipamiento cuya instalación estaba prevista en el contrato (SAN 22/2/2012), la existencia de laudo arbitral declarando inexistente el contrato (SAN 5/7/2012 y 20/12/2012) o la falta de consumo del servicio o la facturación de consumos de cuantía ínfima (SAN 21/12/2012).

La doctrina judicial citada se aporta únicamente a título de ejemplo, siendo mucho más numerosas las sentencias relacionadas con este tipo de supuestos en los que se imputa al consumidor y usuarios la contratación de servicios que el mismo ni siquiera ha solicitado, con el consiguiente tratamiento de sus datos de carácter personal, al margen de la posible existencia de infracción de otras normas distintas a la Ley Orgánica 15/1999.

Además, el supuesto se agrava como consecuencia del hecho de que negado por el consumidor el abono de los servicios facturados como consecuencia de ese supuesto contrato, el empresario insta la inclusión de los mismos en ficheros de solvencia patrimonial y crédito referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, regulados por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, con el consiguiente perjuicio para el consumidor derivado de la consulta por terceros de dichos ficheros

Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Agencia ha considerado que sería necesaria la adopción de medidas diligentes de identificación de los clientes que permitan acreditar el cumplimiento de una mínima actividad probatoria por parte del empresario que impida la causación de los perjuicios a los que se ha venido haciendo referencia. Estas medidas, partiendo de la doctrina judicial citada, podrían a juicio de la Agencia ser las siguientes:

- En el caso de existencia de un contrato escrito, como se desprende de los previstos en los artículos 98 y 99 del Texto Refundido en la redacción propuesta, que se recabe y conserve documentación acreditativa de la identidad del contratante (copia de DNI u otro documento acreditativo de la identidad).
- En caso de que la concurrencia de la oferta y la aceptación se diera de forma telefónica, la conservación de las grabaciones donde consta el consentimiento para la contratación, adoptando medidas que permitan garantizar su autenticidad e integridad y la identificación fiable de los manifestantes y la no alteración del contenido de lo manifestado.



- En los casos de contratación por Internet, sería recomendable habilitar la utilización de firma electrónica avanzada del contratante ya que la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, atribuye a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, o la implantación de medidas que garanticen la identidad del contratante mediante el envío de claves de confirmación a una dirección de correo electrónico del consumidor cuya utilización sea necesaria para culminar el proceso de contratación.

Ciertamente, esta Agencia es consciente de que el Anteproyecto sometido a informe, atendido su rango normativo, no es el lugar idóneo para la inclusión de este tipo de medidas concretas. No obstante, sí considera preciso que se clarifique en el texto la necesidad de que las mismas, en los términos que sean precisos para garantizar una mínima diligencia del empresario en la identificación del consumidor y usuario, sean tenidas en cuenta y exigidas con carácter general, aplicando a las mismas el régimen de carga de la prueba derivado de la aplicación de los artículos 98.9 y 99.4 del Texto refundido en la redacción dada por el Anteproyecto.

Por este motivo, se propone la inclusión de un nuevo apartado primero en los artículos 98 y 99 del Texto Refundido, con el siguiente tenor:

“El empresario deberá adoptar medidas que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato.”