



Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley 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:

I

Tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, el Anteproyecto sometido a informe tiene por finalidad el establecimiento de una reforma sustancial del marco regulador de las telecomunicaciones, actualmente constituido por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre y su normativa de desarrollo, sin perjuicio de determinadas especialidades contenidas en normas especiales, de entre las que cabe hacer particular referencia a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, teniendo asimismo en cuenta la importante modificación establecida en dicho régimen por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, por el que se transponen al ordenamiento español las modificaciones sufridas en el régimen de las telecomunicaciones por las Directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE, ambas de 25 de noviembre de 2009. Por último, el Anteproyecto, en cumplimiento de lo dispuesto en la primera de las directivas citadas, introduce importantes modificaciones en el régimen contenido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, especialmente en lo referido a la remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas o la utilización de dispositivos de recogida de datos en los terminales del usuario.

La regulación contenida en el Proyecto tiene una incidencia fundamental en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal y en la actuación de esta Agencia Española de Protección de Datos a la cual las leyes 32/2003 y 34/2002 atribuyen determinadas competencias en garantía de los derechos de los abonados o usuarios relacionados con su privacidad en el marco de las comunicaciones electrónicas, reguladas por 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), que fue igualmente objeto de reforma por la Directiva 2009/136/CE.

Así, sin perjuicio de otras normas específicas, afectan particularmente a la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal las disposiciones relacionadas con la garantía de la seguridad de las redes, en particular en lo dispuesto en el artículo 41 del Anteproyecto, la regulación de los derechos de los usuarios, recogidos por los artículos 47 y 48 del texto sometido a informe, la reforma de la Ley 34/2002 llevada a cabo por la disposición final segunda y la reforma de la Ley 25/2007 que realiza la disposición final tercera. Además, el régimen establecido en las citadas normas y la atribución a esta Agencia de determinadas competencias exige analizar las disposiciones reguladoras de las competencias en materia de telecomunicaciones y la que se refieren a la inspección y régimen sancionador, así como las reformas operadas en las normas sancionadoras de las leyes objeto de reforma por el Anteproyecto.

De este modo, el presente informe se referirá sucesivamente al régimen sustantivo aplicable a los aspectos que se han señalado para analizar posteriormente las previsiones del Anteproyecto en relación con las competencias otorgadas a esta Agencia y la aplicación de los distintos regímenes sancionadores derivados del incumplimiento de las obligaciones sustantivas que habrán sido previamente analizadas, sin perjuicio de que en determinados casos el análisis material exija efectuar ciertas referencias a las cuestiones de competencia y procedimiento.

Deben particularmente tenerse en cuenta en el análisis que llevará a cabo el presente informe las observaciones que ya fueron efectuadas por esta Agencia al anterior Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, emitido el 14 de marzo de 2011, y que serán reproducidas en el presente informe en cuanto resulte procedente.

II

Entrando ya en el análisis del anteproyecto, y como cuestión previa al estudio de los aspectos sustantivos anteriormente señalados, debe indicarse que el artículo 3 del texto sometido a informe señala los objetivos y principios de la Ley, no incorporando una disposición similar a la que se contiene en el artículo 3 f) de la vigente Ley, que considera objetivo de la misma “Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos

constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de grupos sociales específicos en igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, añadiendo que “A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos”.

En consecuencia, la salvaguarda de los derechos fundamentales de los usuarios y la consiguiente exigencia a los prestadores de los servicios de medidas que los garanticen no aparecen recogidas como objetivos de la Ley. Sin embargo el articulado del Anteproyecto sí se refiere explícitamente a los derechos mencionados, particularmente el de protección de datos de carácter personal, en términos que aun difiriendo de los previstos en la Ley 32/2003 parecen mostrar que la salvaguarda de estos derechos sí constituye uno de los objetivos de la norma. En particular debe hacerse referencia en este punto a las disposiciones del Capítulo III del Título III del Anteproyecto.

Ciertamente, el texto fija en su artículo 3 h) como uno de sus objetivos y principios rectores “Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a las que se refiere el Título III, en especial las de servicio universal”, entre las que se encontrarían las contenidas en el citado Capítulo.

Sin embargo a nuestro juicio ello implica un cambio sustancial en el régimen regulador de las telecomunicaciones, por cuanto se modifica en esta parte general el prisma regulador del cumplimiento de las obligaciones vinculadas al derecho fundamental, recayendo así el peso del principio consagrado en el cumplimiento y no en la existencia de una serie de derechos de los abonados y usuarios que han de ser respetados. Ello puede introducir confusión en la propia comprensión de las previsiones del Capítulo III del Título III, por cuanto se convierte en principio lo que en el texto legal no es más que la exigencia del reconocimiento de una serie de derechos consagrados dentro de la propia expresión de la voluntad del legislador llevada a cabo por el artículo 3 h).

Al propio tiempo, el reconocimiento como objetivo de la garantía de los derechos de los abonados y usuarios dentro de esta norma programática acrecienta la necesidad de establecer medidas concretas tendentes a ese objetivo, en términos similares a los establecidos en el texto actualmente vigente en que las obligaciones no son sino una forma de garantía de los derechos”.



Por todo ello, **se considera necesario que el Anteproyecto incorpore como uno de sus objetivos y principios rectores la garantía de los derechos de los usuarios, en particular en lo que afecta a las competencias de esta Agencia del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal**, de forma que las obligaciones derivadas del artículo 3 h) del texto no sea, al menos en este punto, sino consecuencia de la garantía de los derechos, sobre los que a nuestro juicio debe recaer el peso de la regulación.

Del mismo modo, dentro de estas consideraciones previas, el Anteproyecto incluye una disposición adicional novena en la que se señala que “No será preciso el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales necesaria para el cumplimiento de lo previsto en los artículos 7 y 49 de esta Ley”, refiriéndose estos preceptos al Registro de operadores y de otras entidades del mercado de comunicaciones electrónicas y a las guías de abonados.

A nuestro juicio, la introducción de la citada disposición introduce ciertas distorsiones en el régimen del Anteproyecto y su incidencia en la normativa de protección de datos, dado que no se trata de las únicas disposiciones que afectan a la aplicación de los principios de la Ley Orgánica 15/1999 o a su adaptación al sector regulado por el texto sometido a informe. Al propio tiempo, como se señalará en el lugar adecuado, la referencia a lo dispuesto en el artículo 49 debería matizarse a fin de ajustarla a lo establecido en el artículo 12 de la Directiva 2002/58/CE.

Además, dado que esta disposición introduce una excepción a las normas generales de protección de datos en relación con determinados tratamientos, sería conveniente que dicha excepción apareciese recogida en el propio precepto que regula dichos tratamientos de datos de carácter personal, garantizando así un conocimiento más accesible de la aplicación de esa excepción en los supuestos mencionados, sin que el destinatario de la norma haya de acudir a una disposición adicional que exceptúa la aplicación de las normas de la Ley Orgánica 15/1999 que exige el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos.

Por este motivo, **se propone la supresión de la disposición adicional novena y la inclusión de las previsiones que resulten procedentes en los artículos 7 y 49 del Proyecto.**

Dado que el estudio del artículo 49 se llevará a cabo en un lugar posterior, en este punto simplemente se propone completar el artículo 7 del Anteproyecto con un segundo párrafo en que se indique que:

“No será preciso el consentimiento del interesado para el tratamiento de los datos de carácter personal que haya de contener



el Registro ni para la comunicación de dichos datos que se derive de su publicidad.”

III

Hechas las dos consideraciones anteriores y entrando en el estudio de las disposiciones sustantivas que se mencionaron en el apartado I de este informe debe ahora analizarse lo dispuesto en el artículo 41 del Anteproyecto, que lleva por rúbrica protección de datos de carácter personal.

Dicho precepto reviste algunas modificaciones respecto de las contenidas en el actual artículo 34 de la Ley 32/2003: así, en primer lugar, se suprime el apartado 1, consistente en una referencia general relativa a la sujeción de los operadores a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, cuya referencia también se omite del apartado 2, en lo referente a las medidas que habrán de adoptarse “como mínimo” para garantizar la seguridad de los datos en la explotación de las redes y la prestación de los servicios, reemplazándose ambas menciones por una cláusula general contenida en el apartado 5 del artículo, según el cual “Lo dispuesto en el presente artículo será sin perjuicio de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo”.

Esta Agencia tuvo la ocasión de manifestarse acerca de la incidencia de la Ley Orgánica 15/1999 en el régimen regulador de las medidas de seguridad que habrán de implantarse por los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas el informe de 14 de marzo de 2011, en que se indicaba lo siguiente:

“(…) 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.



Tomando en cuenta lo que se ha indicado y el hecho sustancial de que el artículo 41.1 del Anteproyecto establece expresamente que las medidas que el mismo enumera habrán de ser consideradas las “mínimas” a implantar, “sin perjuicio” de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, tal y como indica el apartado 5 del artículo 41, cabe considerar que los apartados que aquí se están analizando serían conformes al régimen vigente en materia de garantía del deber de seguridad, consagrado por el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, siempre que los apartados 1 y 5 mencionados sean interpretados en el sentido que acaba de mencionarse; es decir, que además de aplicar las medidas de seguridad expresamente contenidas en el artículo 41.1 los operadores deberán cumplir con las exigencias de seguridad previstas en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo.

IV

El aspecto más relevante del régimen establecido en el artículo 41 es el contenido en el apartado 3 del mismo, relativo a la notificación de los supuestos de violación de los datos de carácter personal. Este precepto viene a reproducir de forma literal lo actualmente establecido en el artículo 34.4 de la Ley General de Telecomunicaciones, también introducido por el Real Decreto-Ley 13/2012 y que, a su vez, y frente al texto que fue objeto de informe de esta Agencia de 14 de marzo de 2011, reproduce casi literalmente el contenido del artículo 4.3 de la Directiva 2002/58/CE, en la redacción dada por la Directiva 136/2009.

En relación con dichas previsiones debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 4.4 de la Directiva, conforme al cual “Sin perjuicio de las medidas técnicas de ejecución adoptadas con arreglo al apartado 5, las autoridades nacionales competentes podrán adoptar directrices y, en caso necesario, dar instrucciones sobre las circunstancias en que se requiere que el proveedor notifique la violación de los datos personales, sobre el formato que debe adoptar dicha notificación y sobre la manera de llevarla a cabo. Podrán asimismo controlar si los proveedores han cumplido sus obligaciones de notificación con arreglo al presente apartado e imponer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento”. A su vez, el párrafo primero del apartado 5 del precepto dispone que “Para garantizar una aplicación coherente de las medidas mencionadas en los apartados 2, 3 y 4, la Comisión, previa consulta a la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA), al Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales establecido de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE y al Supervisor Europeo de Protección de Datos, adoptará las medidas técnicas de ejecución en relación con las circunstancias, la forma de presentación y los procedimientos aplicables a los requisitos de información y notificación a que se refiere el presente artículo. La Comisión velará por que participen todas las partes interesadas pertinentes,



especialmente con fines informativos sobre las mejores soluciones técnicas y económicas disponibles para aplicar el presente artículo”

En este sentido, ha de tenerse en cuenta a su vez el Borrador de Reglamento de la Comisión relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58, actualmente objeto de aprobación en el seno del Comité de Comunicaciones de la Comisión Europea y pendiente de su aprobación definitiva por parte de la Comisión. En dicho Borrador se establecen determinadas especificaciones sobre lo exigido por el artículo 4.3 de la citada Directiva que si bien no resulta necesario incluir expresamente en el Anteproyecto sí revisten especial trascendencia en cuanto a la interpretación posterior que se otorgue a la obligación de notificación que el mismo prevé. Los apartados 3 y 4 de la Exposición de Motivos del texto, en su redacción actual, señalan lo siguiente:

“(3) A fin de garantizar una aplicación coherente de las medidas contempladas en el artículo 4, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 2002/58/CE, el artículo 4, apartado 5, de dicha Directiva confiere a la Comisión competencias para adoptar medidas técnicas de ejecución en relación con las circunstancias, la forma de presentación y los procedimientos aplicables a los requisitos de información y notificación a que se refiere el citado artículo.

“(4) La aplicación de distintos requisitos nacionales en este ámbito puede entrañar inseguridad jurídica, procedimientos más complejos y farragosos, así como considerables gastos administrativos para los proveedores que desarrollan actividades transfronterizas. Por lo tanto, la Comisión considera necesario adoptar dichas medidas técnicas de ejecución.”

De este modo, resultan especialmente relevantes las previsiones del mencionado Borrador en lo referente a los supuestos en que debería proceder la notificación al abonado o particular de la existencia de una violación de datos personales, en los términos establecidos en el párrafo segundo del artículo 41.3 del Anteproyecto, y que se recogen en el artículo 3.2 de su actual versión, que exige atender particularmente a:

- La naturaleza y el contenido de los datos personales en cuestión, en particular si se trata de datos financieros, de categorías especiales de datos contempladas en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE, así como de datos de localización, registros de Internet, historiales de navegación en Internet, datos de correo electrónico y listas de llamadas detalladas.
- Las posibles consecuencias de la violación de datos personales para el abonado o particular afectado, en particular cuando la

violación pueda entrañar fraude o usurpación de identidad, daños físicos, sufrimiento psicológico, humillación o perjuicio para su reputación.

- Las circunstancias en que se haya producido la violación de datos personales, teniendo en cuenta, en particular, el lugar en que hayan sido robados los datos o el momento en que el proveedor haya tenido conocimiento de que los datos se hallan en poder de un tercero no autorizado.

Igualmente, el Borrador en su actual versión prevé en su artículo 4.2 los supuestos en que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo citado, los supuestos en que podrán considerarse incomprensibles los datos respecto de los que se haya producido la violación.

Finalmente resultan especialmente relevantes los plazos de notificación a la autoridad competente, en este caso la Agencia Española de Protección de Datos, a los que se refiere el artículo 2 o el contenido de la notificación, incluido en los Anexos 1 y 2 del Borrador.

Pues bien, a la luz de lo que aquí se ha venido señalando, y sin perjuicio de lo que posteriormente se señalará en relación con las competencias y el papel de esta Agencia en la ejecución de lo dispuesto en el Anteproyecto sometido a informe, se considera necesario que bien en el artículo 41 del Anteproyecto o bien dentro del régimen establecido en el Título VI, con remisión a este precepto se introduzca una previsión que suponga la transposición al derecho español de lo establecido en el artículo 4.4 de la Directiva 2002/58/CE, indicándose que **“La Agencia Española de Protección de Datos podrá adoptar, directrices y, en caso necesario, dictar instrucciones sobre las circunstancias en que se requiere que el proveedor notifique la violación de los datos personales, sobre el formato que debe adoptar dicha notificación y sobre la manera de llevarla a cabo, con pleno respeto a las disposiciones que en su caso sean adoptadas en esta materia por la Comisión Europea. Igualmente podrá, en el ejercicio de las facultades de inspección que le otorgan esta Ley y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, controlar y verificar si los proveedores han cumplido sus obligaciones de notificación y ejercer la potestad sancionadora en caso de incumplimiento”**.

Finalmente, en cuanto al régimen sancionador aplicable como consecuencia de la vulneración de los deberes establecidos en el artículo 41 del Anteproyecto sometido a informe deberán reiterarse, con las aclaraciones que resultan pertinentes, al no establecerse un tipo específico relacionado con este hecho, las conclusiones alcanzadas y las propuestas efectuadas en el informe de esta Agencia de 14 de marzo de 2011, a las que se hará referencia en un lugar posterior de este informe.

V

Hechas las consideraciones anteriores, procede ahora entrar en el análisis de las normas sustantivas que vienen a plasmar en el Proyecto el catálogo de derechos que en el momento presente aparecen recogidos fundamentalmente en el artículo 38.3 de la Ley 32/2003, debiendo tenerse en cuenta a tal efecto lo señalado en el apartado II de este informe, en el sentido de considerar que dichas normas deberían consagrar derechos de los interesados y no ser concebidas como obligaciones de los operadores.

La primera cuestión relevante para el análisis de estos derechos es que el Anteproyecto parece diferenciar dentro de los derechos que actualmente se recogen en el citado artículo 38.3, dos categorías distintas: los derechos integrados como específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público” (apartados k) y siguientes del artículo 47) y los relacionados con el “derecho a la protección de datos y la privacidad” (artículo 48), referidos exclusivamente al tratamiento de los datos de tráfico y localización de los “usuarios finales”. Además, el régimen relativo a la protección de los datos del abonado en relación con las guías de abonados o la prestación de servicios de consulta aparece regulado de forma también diferenciada en el artículo 49 del Proyecto.

Esta diferenciación además resulta reforzada en virtud del distinto régimen competencial en el ámbito sancionador que será aplicable como consecuencia de la vulneración de lo dispuesto en el artículo 48, dado que si bien la vulneración de las previsiones de los artículos 47 a 49 será constitutiva de la infracción tipificada por el artículo 76.10 del Proyecto, consistente en “El incumplimiento de las obligaciones de servicio público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo”, el artículo 84.3 del Anteproyecto únicamente atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos, la competencia sancionadora “en el caso de que se trate de las infracciones leves del artículo 78 tipificadas en el párrafo 10 cuando se vulneren los derechos de los usuarios finales sobre protección de datos y privacidad reconocidos en el artículo 48”.

Esta última previsión será objeto de un análisis más detallado y de las consiguientes observaciones en un lugar posterior de este informe. No obstante deberá evaluarse en el presente lugar, al margen del régimen competencial, si la dispersión del régimen de la Directiva 2002/58/CE ha de considerarse acertado desde el punto de vista de su aplicación y si dicha dispersión puede efectivamente considerarse congruente con la protección otorgada por el Anteproyecto sometido a informe.



Una primera conclusión que puede extraerse de la mera confrontación de los artículos 47 (apartados k y siguientes), 48 y 49 del Proyecto con la norma de Derecho de la Unión Europea de la que traen causa, 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”, también denominada en Derecho de la Unión “Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas” es que no parece ser congruente que se considere por el legislador español que únicamente el artículo 48 del Anteproyecto se considere regulador del “derecho a la protección de datos y a la privacidad”.

En efecto, los apartados k) a p) del artículo 47 del Anteproyecto vienen a recoger los distintos derechos establecidos en la Directiva reguladora de la privacidad en las comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 1.2 dispone que “Las disposiciones de la presente Directiva especifican y completan la Directiva 95/46/CE (de protección de datos) a los efectos mencionados en el apartado 1”, según el cual “La presente Directiva establece la armonización de las disposiciones nacionales necesaria para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”.

En este sentido, el apartado 2 de la Exposición de Motivos de la Directiva indica que la misma “pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales y observa los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Señaladamente, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto de los derechos enunciados en los artículos 7 y 8 de dicha Carta”, consagrando el artículo 8 el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. A su vez, conforme al apartado 8 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2002/58/CE “Deben armonizarse las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas adoptadas por los Estados miembros para proteger los datos personales, la intimidad y los intereses legítimos de las personas jurídicas en el sector de las comunicaciones electrónicas, a fin de evitar obstáculos para el mercado interior de las comunicaciones electrónicas de conformidad con el artículo 14 del Tratado”.

El Anteproyecto únicamente considera vinculados con la garantía de la privacidad y la protección de datos en las comunicaciones electrónicas los derechos derivados de la aplicación de los artículos 6 y 9 de la Directiva, relativos al tratamiento de datos de tráfico y localización, olvidando que existen otros derechos establecidos en la citada norma de la Unión que resultan igualmente y por definición vinculados al derecho fundamental a la protección de datos.



Ciertamente será posible entender que determinadas previsiones pueden encontrarse más vinculadas a la mera prestación del servicio o a los derechos de los abonados y usuarios en relación con esa prestación y en el marco de una o varias comunicaciones concretas, como sucede en relación con los derechos asociados a la Presentación y restricción de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada (artículo 8) o la posibilidad de rechazar un desvío automático de llamadas (artículo 11), pero incluso en esos supuestos se tratará de proteger derechos vinculados con la privacidad y la protección de datos en el marco de las comunicaciones electrónicas.

También en lo referente a la elaboración de guías de abonados podrá argumentarse que la garantía de la prestación del servicio en régimen de libre competencia no es una cuestión directamente relacionada con la protección de datos de carácter personal, pero no será en ningún caso posible desvincular de dicho derecho la obligación de recabar el consentimiento del interesado o simplemente informar, en su caso, al abonado acerca de su inclusión en la guías o el reconocimiento del derecho del abonado a figurar o no en las mismas o a que sus datos no puedan ser tratados en actividades de publicidad y prospección comercial.

La cuestión se agrava en relación con los supuestos de llamadas con fines de venta directa, toda vez que la inclusión de los derechos relacionados con este tipo de llamadas en el artículo 47 del Proyecto no sólo plantea los problemas que a continuación se analizarán en lo referente al marco legal aplicable, sino que además implica, de conformidad con el reparto competencial que se ha descrito en un lugar anterior que la prevención o sanción de conductas que supongan la realización ilícita de comunicaciones comerciales sean competencia de distintas autoridades en virtud del canal por medio del que se realice la comunicación comercial, correspondiendo a esta Agencia la competencia si el canal es el electrónico o el postal ordinario y al Ministerio de Industria si el canal es el telefónico o el mensaje de fax.

Además incluso en estos casos no debe olvidarse que en la mayor parte de los supuestos la realización de comunicaciones comerciales implica además el tratamiento de los datos de los destinatarios de las llamadas, por lo que en caso de producirse una vulneración de los apartados o) y p) del artículo 47 existiría no sólo una conducta tipificada por el Anteproyecto, sino también por la Ley Orgánica 15/1999, pudiendo darse supuestos en los que exista un bis in ídem proscrito por la Ley 30/1992 al regular los principios de la potestad sancionadora.

No debe olvidarse que las conductas a las que venimos refiriéndonos se encuentran inextricablemente vinculadas al tratamiento de datos de carácter personal, por lo que parece lógico que el órgano competente para la garantía de los derechos de los afectados sea el mismo. Además, se trata de conductas que, por lo general, no sólo pueden ser imputables a los destinatarios de la mayor parte de las disposiciones contenidas en el Anteproyecto; es decir, los



operadores o quienes explotan redes de comunicaciones electrónicas, sino a los terceros sujetos obligados a los que se refiere el artículo 74 c) del texto, cuando hace mención de las infracciones “cometidas por los usuarios, por las empresas instaladoras de telecomunicación, por los agentes económicos relacionados con equipos y aparatos de telecomunicación o por otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones”.

En resumen, y en particular en relación con las letras o) y p) del artículo 47 se produciría una dispersión de las competencias relacionadas con la realización de conductas esencialmente similares que únicamente se diferenciaría en el canal empleado, pudiendo además establecerse un régimen agravado en los supuestos previstos en dichas letras, al ser los hechos constitutivos de violación de no una sino dos normas distintas y competencia de distintas autoridades.

De este modo, esta Agencia considera imprescindible la modificación de los artículos 47 a 49 del Anteproyecto de forma que los derechos de las letras k) a p) del mismo se separen del resto del artículo 47 bien incluyendo todos los derechos en un solo artículo, el 48, bien recogiendo los derechos que venimos analizando en una sección separada o en varios preceptos en atención a la naturaleza de las situaciones a las que los derechos se refieren.

En este sentido, esta Agencia entiende que, teniendo en cuenta las competencias establecidas en el artículo 84 del Anteproyecto, deberían integrarse en el mismo precepto o apartado que los derechos actualmente previstos en el artículo 48 los derechos a los que se refieren las letras k), o) y p) del artículo 47, de forma que se estableciese un régimen uniforme de protección de tales derechos y se atribuyera la competencia para velar por los mismos a esta Agencia Española de Protección de Datos.

VI

En relación con lo que acaba de indicarse y antes de plasmar la propuesta normativa de esta Agencia, es preciso hacer una referencia específica a los derechos reconocidos por los apartados o) y p) del artículo 47 del Anteproyecto sometido a informe, por los que se reconocen 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.”



Habiendo ya indicado que los derechos a los que se está haciendo referencia deberían ser objeto de una reubicación sistemática, atribuyéndose la competencia para conocer de las posibles vulneraciones de los mismos a esta Agencia, debe asimismo indicarse que en el informe de 14 de marzo de 2011 esta Institución ponía ya de manifiesto la problemática que pudiera derivarse del establecimiento de un régimen que aun distinto del contenido en el Anteproyecto sometido a informe producía unas consecuencias similares. En el citado informe se analizaban 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, señalándose 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, esta Agencia considera que sería preciso el reconocimiento expreso por el Proyecto 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, y sin perjuicio de la reordenación sistemática que posteriormente se propondrá, esta Agencia considera necesario reemplazar los derechos recogidos en los apartados o) y p) del artículo 47 del Proyecto por tres nuevos 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.

VII

Por otra parte, y también con carácter previo a la realización de propuestas normativas concretas en relación con los derechos de los usuarios finales de los servicios, debe hacerse ahora referencia a la regulación establecida en el artículo 49 del Proyecto para las guías de abonados.

A tal efecto, el apartado 1 del artículo 49 parte del reconocimiento general de los derechos de los abonados a la protección de sus datos, al indicar que “Se garantiza a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales en relación con las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo el de no figurar en dichas guías”. A continuación, el artículo 49 regula la prestación del servicio garantizando la libre competencia y el acceso a los servicios por los usuarios finales.

Estas normas se complementan a su vez con lo dispuesto en el artículo 53.1 b), conforme al cual “El contenido de los contratos que se celebren entre los usuarios finales y los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se regulará mediante Real Decreto, e incluirá de forma clara, comprensible y fácilmente accesible, al menos, el siguiente contenido específico (...) la decisión del abonado acerca de la posibilidad de incluir o no sus datos personales en una guía determinada y los datos de que se trate”.

Asimismo, el artículo 54.3 e) añade que “Mediante Real Decreto se podrán regular las condiciones para garantizar que los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público: (...) informen a los abonados de su derecho a decidir si incluyen sus datos personales en una guía y los tipos de datos de que se trata”.

El régimen regulador de la protección de datos en relación con las guías de abonados al servicio de comunicaciones electrónicas aparece recogido por el artículo 12 de la Directiva 2002/58/CE, en que se establece lo siguiente:



“1. Los Estados miembros velarán por que se informe gratuitamente a los abonados antes de ser incluidos en las guías acerca de los fines de las guías de abonados, impresas o electrónicas, disponibles al público o accesibles a través de servicios de información sobre las mismas, en las que puedan incluirse sus datos personales, así como de cualquier otra posibilidad de uso basada en funciones de búsqueda incorporadas en las versiones electrónicas de la guía.

2. Los Estados miembros velarán por que los abonados tengan oportunidad de decidir si sus datos personales figuran en una guía pública, y en su caso cuáles de ellos, en la medida en que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía que haya estipulado su proveedor, y de comprobar, corregir o suprimir tales datos. La no inclusión en una guía pública de abonados, así como la comprobación, corrección o supresión de datos personales de una guía, no deberán dar lugar al cobro de cantidad alguna.

3. Los Estados miembros podrán exigir que para cualquier finalidad de una guía pública distinta de la búsqueda de datos de contacto de personas a partir de su nombre y, si resulta necesario, de un mínimo de otros identificadores, se recabe el consentimiento específico de los abonados.

4. Los apartados 1 y 2 se aplicarán a los abonados que sean personas físicas. Los Estados miembros velarán asimismo, en el marco del Derecho comunitario y de las legislaciones nacionales aplicables, por la suficiente protección de los intereses legítimos de los abonados que no sean personas físicas en lo que se refiere a su inclusión en guías públicas.”

El marco normativo actualmente vigente en esta materia se establece en los artículos 67 y 68 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, diferenciando claramente las materias relacionadas con el reconocimiento de los derechos de los usuarios en relación con la protección de sus datos de carácter personal en las guías de abonados de las cuestiones referidas a la prestación del propio servicio, apareciendo las primeras en el artículo 47 y las segundas en el artículo 48.

Como se ha dicho, el artículo 49.1 del Anteproyecto se limita a reconocer el derecho a la protección de datos de los usuarios finales en relación con las guías de comunicaciones electrónicas, completándose esta previsión con los deberes de información y, en su caso, consentimiento recogidos en los artículos 53 y 54, si bien en los términos que potestativamente se recojan en la correspondiente norma reglamentaria de desarrollo.



Por otra parte, el artículo 49 se integra en el Título III del Anteproyecto, de modo que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos a la protección de datos de los usuarios finales sería sancionable conforme al artículo 76.10, si bien la competencia sancionadora no correspondería a esta Agencia, dados los términos del artículo 84.3 del Anteproyecto. De este modo, se produciría la situación paradójica de que la garantía de los derechos de los usuarios a la protección de datos en lo que respecta a la recogida, tratamiento y cesión de los mismos como consecuencia de la elaboración de guías de abonados, y en particular el cumplimiento en este punto de los artículos 5, 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999 quedaría excluido de la competencia de esta Agencia.

Pues bien, atendiendo a lo que acaba de señalarse debe reiterarse en este punto la observación ya señalada sobre la necesidad de reconocimiento de los derechos de los usuarios finales en relación con las guías en un precepto independiente del artículo 49 y al que se remita la competencia de la Agencia establecida en el artículo 84 del Anteproyecto. En este sentido, se considera que deberían reconocerse los derechos de los usuarios finales:

- A ser informados gratuitamente de la inclusión de sus datos en las guías, así como de la finalidad de las mismas, con carácter previo a dicha inclusión.
- A que se recabe su consentimiento específico si la finalidad de la guía fuese distinta a la búsqueda de sus datos de contacto a partir de su nombre y, si resulta necesario, de un mínimo de otros identificadores.
- A no figurar en las guías o a solicitar la omisión de alguno de sus datos.
- A que no sea incluido en una guía ningún dato distinto a su nombre, apellidos, teléfono y dirección postal de su domicilio si no prestara su consentimiento previo para ello en los términos previstos en la legislación vigente en materia de protección de datos.
- A que sus datos no sean utilizados para fines de comercialización directa.

VIII

Por último, y antes de efectuar las correspondientes propuestas normativas, debe hacerse referencia a los derechos reconocidos por el artículo

48 del Anteproyecto, que reproducen lo previsto en las letras a), b) y d) del artículo 38.3 de la Ley 32/2003.

En particular, el artículo 48.1 b) del texto sometido a informe reconoce el derecho de los usuarios finales 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 informado para ello”.

Si bien dicho precepto reproduce lo dispuesto en el artículo 38.3 b) de la norma actualmente vigente, es preciso señalar que el artículo 6.3 de la Directiva 2002/58/CE, en la redacción dada a la misma por la Directiva 2009/136/CE dispone que “El proveedor de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público podrá tratar los datos a que se hace referencia en el apartado 1 para la promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios con valor añadido en la medida y durante el tiempo necesarios para tales servicios o promoción comercial, siempre y cuando el abonado o usuario al que se refieran los datos haya dado su consentimiento previo. Los usuarios o abonados dispondrán de la posibilidad de retirar su consentimiento para el tratamiento de los datos de tráfico en cualquier momento”.

De este modo, la Directiva establece una previsión más restrictiva que la incluida en la Ley 32/2003, dado que los datos de tráfico no podrán ser tratados con el consentimiento del usuario para “fines comerciales” en sentido amplio, sino únicamente para los relacionados con comunicaciones electrónicas, por ello, la expresión citada deberá reemplazarse por “promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas”.

IX

Teniendo en cuenta lo que se ha venido indicando en los tres apartados precedentes, esta Agencia considera que deberían llevarse a cabo las siguientes modificaciones en los artículos 47 y 48 del Proyecto:

1. Modificar el apartado k) del artículo 47, pasando a tener el siguiente tenor:

“k) El derecho a la facturación detallada, clara y sin errores.”

2. Eliminar en el artículo 47 la referencia a los derechos recogidos en los apartados l) a p).

3. Incluir un nuevo artículo, que sería el 47 bis en la redacción actual del Anteproyecto, con el siguiente tenor literal:



“Artículo 47 bis: Derechos a la protección de datos personales y a la privacidad.

1. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo siguiente los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

a) A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.

b) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.

Los usuarios finales no podrán ejercer este derecho cuando se trate de llamadas de emergencia a través del número 112 o comunicaciones efectuadas a entidades que presten servicios de llamadas de urgencia que se determinen reglamentariamente.

Por un período de tiempo limitado, los usuarios finales no podrán ejercer este derecho cuando el abonado a la línea de destino haya solicitado la identificación de las llamadas maliciosas o molestas realizadas a su línea

c) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.

En este supuesto y en el anterior, los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas al público para efectuar llamadas nacionales a números de un plan nacional de numeración telefónica, así como los que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, deberán cumplir las condiciones que reglamentariamente se determinen sobre la visualización, restricción y supresión de la identificación de la línea de origen y conectada

2. Asimismo se reconocen los derechos de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas:

a) A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicite.

b) 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.

c) A no recibir sin su consentimiento, llamadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los referidos en la letra 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.

d) A oponerse a recibir llamadas no solicitadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra b) y a ser informado de este derecho.”

3. En relación con las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas a las que se refiere el artículo 49 y además de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 30 de diciembre, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho:

a) A ser informados gratuitamente de la inclusión de sus datos en las guías, así como de la finalidad de las mismas, con carácter previo a dicha inclusión.

b) A que se recabe su consentimiento específico si la finalidad de la guía fuese distinta a la búsqueda de sus datos de contacto a partir de su nombre y, si resulta necesario, de un mínimo de otros identificadores.

c) A no figurar en las guías o a solicitar la omisión de alguno de sus datos.

d) A que no sea incluido en una guía ningún dato distinto a su nombre, apellidos, teléfono y dirección postal de su domicilio si no prestara su consentimiento previo para ello en los términos previstos en la legislación vigente en materia de protección de datos.

e) A que sus datos no sean utilizados para fines de comercialización directa.”

4. Modificar la rúbrica y la primera frase del actual artículo 48, reemplazándola por la siguiente:



“Artículo 48. Derechos a la protección de datos personales y a la privacidad en relación con los datos de tráfico y localización.

1. En relación con el tratamiento de los datos de tráfico y localización los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos”

5. Reemplazar en el artículo 48.1 b) la expresión “finés comerciales” por “promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas”.

6. Suprimir el apartado 1 del artículo 49 del Anteproyecto.

7. Añadir en el artículo 84 la referencia a los apartados 2 y 3 del artículo 47 bis, en los términos en que el mismo ha sido propuesto.

X

Siguiendo la estructura a la que se hizo referencia en el apartado I de este informe procede ahora analizar las normas del Anteproyecto sometido a informe que implican una reforma del régimen sustantivo establecido en la Ley 34/2002. A tal efecto, nos referiremos en este lugar a la reforma operada en los artículos 21 y 22 de la mencionada Ley por la disposición final segunda del Anteproyecto, analizando en un lugar posterior de este informe las cuestiones referidas a la reforma del régimen sancionador contenido en dicha Ley.

En cuanto a las modificaciones efectuadas en los artículos 21 y 22.1 de la Ley 34/2002, relativos al régimen regulador de las comunicaciones comerciales no solicitadas, esta Agencia considera que dichas previsiones resultan conformes a lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2002/58/CE, en su redacción vigente, siendo además coincidentes con las propuestas efectuadas por esta Agencia en su informe de 14 de marzo de 2011 y con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 13/2012, por lo que no procede efectuar ninguna otra consideración adicional.

Mayor estudio requiere la reforma operada en el artículo 22.2 de la Ley 34/2002, referido a la utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios. El Anteproyecto modifica dicho precepto, dando al mismo el siguiente tenor:

“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica



15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, 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.

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.”

El Anteproyecto introduce una modificación respecto del régimen de la Ley 34/2002 derivado de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 13/2012, por cuanto suprime del segundo párrafo el inciso final actualmente vigente en cuya virtud para que pueda considerarse prestado el consentimiento del destinatario mediante el uso de los parámetros del navegador u otras aplicaciones “siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto”.

Ello implicaría que cupiera entender, en el nuevo régimen propuesto, prestado el consentimiento como consecuencia de la mera instalación de un navegador cuya configuración aceptada por defecto permitiera la instalación de los dispositivos, lo que no resulta coherente con lo exigido por la Directiva 2002/58/CE en su redacción actual.

La cuestión, en términos idénticos a los planteados en este momento fue analizada por esta Agencia en el informe de 14 de marzo de 2011, toda vez que el texto propuesta en aquel momento era similar al que se contiene en el Anteproyecto. El citado informe estudiaba la cuestión en los siguientes términos:

“(…) 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 vice-versa). 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 salvaguardias 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”.

En este punto debe aclararse que la propuesta entonces formulada por esta Agencia no incluía una expresión reforzada como la establecida en el Real Decreto-ley 13/2012, sino que únicamente clarificaba que la configuración que aceptase los dispositivos no debía entenderse como prestación del consentimiento en los supuestos en que la misma se realizase por defecto. De este modo, y siguiendo el precedente al que se ha hecho referencia, debe nuevamente proponerse que se complete el párrafo segundo del artículo 22.2 de la Ley 34/2002 en la redacción actualmente propuesta, siendo el texto resultante el siguiente:



“Cuando sea técnicamente posible y eficaz, 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.**”

XI

Hechas las consideraciones anteriores, procede ahora analizar las cuestiones adjetivas del Anteproyecto en lo relativo a las competencias de esta Agencia y la aplicación de su régimen sancionador por parte de la misma. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que los apartados 2 y 3 del artículo 15 bis de la Directiva 2002/58/CE, introducido por la Directiva 2009/136/CE disponen que:

“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.”

Al propio tiempo, como ya se ha indicado anteriormente, el artículo 4.4, párrafo primero, de la Directiva, introducido por la misma reforma, establece en relación con la notificación de violaciones de los datos que “Sin perjuicio de las medidas técnicas de ejecución adoptadas con arreglo al apartado 5, las autoridades nacionales competentes podrán adoptar directrices y, en caso necesario, dar instrucciones sobre las circunstancias en que se requiere que el proveedor notifique la violación de los datos personales, sobre el formato que debe adoptar dicha notificación y sobre la manera de llevarla a cabo. Podrán asimismo controlar si los proveedores han cumplido sus obligaciones de notificación con arreglo al presente apartado e imponer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento”.

El punto 6 del Anexo II del Anteproyecto define a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, indicando que las mismas serán “el Gobierno, los departamentos ministeriales, órganos superiores y directivos y organismos públicos, que de conformidad con esta Ley ejercen las competencias que en la misma se prevén”.



Como ya se ha indicado, al menos los artículos 41 y 84 del Anteproyecto otorgan a la Agencia Española de Protección de Datos competencias en lo referente a la notificación de violaciones de datos personales y aplicación del régimen sancionador respecto de determinadas infracciones tipificadas en el artículo 76.10 del texto. Sin embargo la Agencia no aparece en el artículo 68.1 enumerada entre las autoridades nacionales de reglamentación, no haciéndose referencia en ningún lugar del Anteproyecto referencia adicional alguna respecto de la competencia de aquélla para adoptar directrices en materia de seguridad o para establecer instrucciones en lo que se refiere a la adecuada garantía de los derechos de los usuarios finales vinculados a la privacidad y la protección de datos en el tratamiento de sus datos por parte de los sujetos obligados por la Ley.

En consecuencia, esta Agencia considera necesario que **se añada un nuevo apartado e) al artículo 68.1 del Proyecto incluyéndola como Autoridad nacional de Reglamentación, al menos en lo referente a la garantía de los derechos consagrados por los artículos 47 bis (propuesto en el presente informe) y 48 de la Ley y se añada un nuevo artículo 70 bis desarrollando las mencionadas competencias.**

XII

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 artículo 72.1 del Anteproyecto atribuye la competencia de inspección en materia de telecomunicaciones al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aclarando en cuanto a esta última que le corresponderá “la inspección de las actividades de los operadores de telecomunicaciones respecto de las cuales tenga competencia sancionadora de conformidad con esta Ley”, pudiendo solicitar la actuación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo “para la realización de determinadas actividades de inspección técnica. Sin embargo este precepto en ningún momento se refiere a la competencia inspectora de la Agencia Española de Protección de Datos, pese a que como se ha dicho atribuye a la misma competencias en materia sancionadora.

Al propio tiempo, el artículo 73 del Anteproyecto se refiere a las facultades de inspección de “Los funcionarios destinados en la Secretaría de



Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo”, única autoridad a la que parece referirse el precepto. Dentro de las facultades de inspección resulta especialmente relevante la contenida en el apartado 3 de este artículo, en cuya virtud “Los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley quedan obligados a poner a disposición del personal de inspección cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, y medios técnicos que éste considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase”, añadiendo que “Asimismo, deberán facilitarles, a su petición, cualquier tipo de documentación que el personal de la Inspección les exija para la determinación de la titularidad de los equipos o la autoría de emisiones o actividades”.

Como se ha indicado, esta Agencia tiene atribuidas competencias sancionadoras en esta materia, que además ya se encuentran actualmente previstas en 58 b) de la Ley 32/2003. Para el ejercicio de dichas competencias resulta imprescindible que la Agencia pueda desarrollar adecuadamente la acción inspectora.

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 dictamen de 29 de diciembre de 2008, 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 72.1 de la Ley puede suponer la inaplicación a la misma de las garantías reforzadas de investigación establecidas por el



Anteproyecto, y que parecen reservadas al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, siendo particularmente relevante la prevista en el artículo 73.3. Por ello, 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, clarificando que la misma podrá acceder a cuanta información, incluyendo datos de carácter personal, sea necesaria para el ejercicio de las competencias que le atribuye la propia Ley, sin perjuicio de la aplicación al ejercicio de su función inspectora de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica 15/1999.

Por ello, se propone introducir las siguientes modificaciones en el régimen previsto en el Anteproyecto:

1. Añadir una letra c) al artículo 72.1 en que se haga expresa referencia a la Agencia Española de Protección de Datos como autoridad competente para el ejercicio de la función inspectora.

2. Añadir un nuevo apartado 5 al artículo 72 con el siguiente tenor:

“Corresponderá a la Agencia Española de Protección de Datos la inspección de las actividades respecto de las cuales tenga competencia sancionadora con arreglo a esta Ley, pudiendo ejercitar las facultades a las que se refiere el artículo 40 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, así como las establecidas en el apartado 3 del artículo siguiente”.

XIII

Debe ahora procederse al análisis de las distintas disposiciones del Anteproyecto relacionadas con el régimen sancionador. En este punto cabe hacer referencia no sólo a las disposiciones que expresamente contiene el Anteproyecto sino al hecho de que en determinados casos, como los relacionados con el incumplimiento de los deberes de notificación de violaciones de datos personales o utilización de dispositivos en los terminales de los usuarios sin recabar su consentimiento, el texto no establece ninguna consecuencia sancionadora para los supuestos de incumplimiento de alguna de las obligaciones que son introducidas por el mismo, incidiendo así en el mismo problema planteado por el Real Decreto-ley 13/2012.

Como punto de partida debe recordarse nuevamente que la imposición de sanciones como consecuencia del incumplimiento de las previsiones que en



el derecho nacional vengan a transponer la Directiva 2002/58/CE viene expresamente impuesto por su artículo 15 bis, al establecer 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”. De este modo, la inexistencia de disposiciones sancionadoras del régimen contenido en las normas de transposición de dicha Directiva implicaría una insuficiente plasmación de aquélla.

El Anteproyecto sometido a informe parece englobar la transgresión de las obligaciones derivadas de la transposición de la Directiva 2002/58/CE (sin perjuicio de las que se encuentran reguladas por otras leyes que aquél igualmente reforma) en el tipo establecido en el artículo 78.10, que considera infracción leve “El incumplimiento de las obligaciones de servicio público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo”. Añade el artículo 79 d) que “por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 50.000 euros”.

Debe recordarse que en el momento presente el régimen sancionador por incumplimiento de dichas obligaciones, que no ha sido objeto de reforma por el Real Decreto-ley 13/2012 aparece recogido en los artículos 53 y 54 de la Ley 32/2003. Según el primero de ellos será constitutivo de infracción muy grave (apartado z) “La vulneración grave o reiterada de los derechos previstos en el artículo 38.3, salvo el previsto por el párrafo h), cuya infracción se registrará por el régimen sancionador previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de protección y seguridad de los datos almacenados establecidas en el artículo 8 de la Ley de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones”.

Por su parte, el artículo 54 r) tipifica como grave “La vulneración de los derechos previstos en el artículo 38.3, salvo el previsto por el párrafo h), cuya infracción se registrará por el régimen sancionador previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, y el incumplimiento de las obligaciones de protección y seguridad de los datos establecidas en el artículo 8 de la Ley de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, salvo que deban considerarse como infracción muy grave”.



Por su parte, el artículo 56 b) de la Ley 32/2003 establece como importe máximo de las sanciones por infracciones muy graves la cuantía de dos millones de euros, siendo el límite máximo de las infracciones graves la cuantía de 500.000 euros. Estas cuantías quedarían reducidas a un máximo de 50.000 euros en el texto sometido a informe, dado que cualquier vulneración de los derechos establecidos en el Título III sería constitutiva de infracción leve de la Ley.

Como ya se ha venido indicando a lo largo de este informe, esta Agencia considera que el Anteproyecto debe reconocer su competencia en relación con la protección de determinados derechos reconocidos por los artículos 47 y 49 del Anteproyecto, tales como los relacionados con la facturación desglosada, la realización de llamadas comerciales o el tratamiento de datos en guías de comunicaciones electrónicas, a cuyo efecto ha propuesto una modificación consistente en la inclusión de un nuevo artículo 47 bis, respecto de cuyos apartados 2 y 3 sería competente, por la propuesta igualmente efectuada de reforma del artículo 84 del Anteproyecto. Estas propuestas se fundan en el hecho de que las conductas a las que esos preceptos se refieren se encuentran inextricablemente vinculadas al tratamiento de datos de carácter personal, por lo que parece lógico que el órgano competente para la garantía de los derechos de los afectados sea el mismo.

Esta congruencia debería producirse también en las consecuencias derivadas de la transgresión de los derechos a los que se está haciendo referencia, dado que las vulneraciones de los derechos que estamos analizando en este punto suponen asimismo una infracción de las normas de protección de datos. En este sentido, la vulneración de los derechos mencionados serían igualmente constitutivas de las infracciones graves tipificadas en los apartados b) y e) del artículo 44.3 de la Ley Orgánica 15/1999, por “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo” o “El impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición”. Dichas infracciones “serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros”, según el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

Pues bien, si se mantiene el régimen establecido en el Anteproyecto nos encontraríamos con que determinadas conductas sujetas a la Ley especial en que el mismo consiste serían susceptibles de sanción de hasta 50.000 euros, mientras que su vulneración en el marco de la Ley general sería sancionable con multa de entre 40.001 y 300.000 euros. Ello implicaría la necesidad de que en la práctica la eventual vulneración hubiera en todo caso de ser objeto de sanción conforme a las disposiciones de la Ley general, al imponer la misma la sanción más grave, quedando así vacía de contenido el régimen sancionador de la Ley especial.



Por ello, sería conveniente garantizar la congruencia de ambas disposiciones, a fin de asegurar la aplicación de las normas del Anteproyecto. Por ello, se proponen las siguientes modificaciones:

1. La inclusión de un nuevo apartado 13 en el artículo 78 del Anteproyecto tipificando como infracción leve **“La vulneración de los derechos de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas a los que se refieren los artículos 47 bis a 49 de esta Ley”**.

2. La modificación del artículo 79.1 d) del Anteproyecto, pasando a establecer lo siguiente: **“d) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 50.000 euros. No obstante, la infracción a la que se refiere el apartado 13 del artículo 78 será sancionable con multa de 40.001 a 300.000 euros”**.

XIV

Deberemos ahora referirnos a la inexistencia de un régimen sancionador concreto en relación con la vulneración del deber de notificación de violaciones de protección de datos personales, toda vez que, a lo sumo, el incumplimiento de las previsiones del artículo 41 del Anteproyecto podría considerarse constitutivo de la infracción tipificada por el artículo 78.10 del texto, respecto del que debe tenerse en cuenta la observación efectuada en el apartado anterior.

La primera cuestión que cabe plantearse de la lectura del precepto es la de si la ausencia de notificación constituirá efectivamente una vulneración de las obligaciones de servicio público establecidas en el Título III. A tal efecto, esta Agencia considera que la conducta debería ser constitutiva de una tipificación específica.

Ello además plantea un nuevo problema en cuanto a la concurrencia de las normas contenidas en el Anteproyecto y las previsiones de la propia Ley Orgánica 15/1999. En este sentido se pronunciaba ya esta Agencia en el informe de 14 de marzo de 2011, en que se planteaba una posible solución a la concurrencia de ambas normativas que implicaba la reforma de la propia Ley Orgánica a fin de conciliar la existencia de una infracción por violación del artículo 9 de la Ley Orgánica con la obligación de notificación de las violaciones de datos personales, de forma que la infracción no notificada del deber de seguridad por parte de los operadores implicaría una agravación de la conducta tipificada por la propia Ley, sin que procediera la imposición de dos sanciones: una por falta de notificación y otra como consecuencia de la vulneración del deber de seguridad. Así, en el citado informe se indicaba lo siguiente:

“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.”

Debe tenerse en cuenta que la reforma que se propuso en el informe de 14 de marzo de 2011 y que se propondrá a continuación lo es de un precepto de la Ley Orgánica que, no obstante, tiene rango de Ley Ordinaria, conforme a lo señalado por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 15/1999, por lo que su reforma puede llevarse a cabo a través de una norma como la sometida a informe.

Tomando en consideración todo lo que se ha venido indicando hasta este lugar, se propone la inclusión de una nueva Disposición final, que por razones de coherencia debería ser la quinta bis en la versión actual del Anteproyecto, con el siguiente tenor:

“Disposición final quinta bis. 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.”

Asimismo, por razones de coherencia con la reforma propuesta, sería necesaria la modificación del artículo 78.10 del Anteproyecto, completando su contenido. De este modo, debería indicarse que será constitutivo de infracción leve:

“El incumplimiento de las obligaciones de servicio público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo. No obstante, la vulneración de los deberes de notificación a los que se refiere el artículo 41 de esta Ley será sancionable conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.”

A la vista de todo ello, a modo de recapitulación, esta Agencia propone modificar la delimitación de los tipos sancionadores en las materias que considera de su competencia, excluyendo la vulneración de los deberes de notificación del artículo 41 del Anteproyecto del régimen del mismo y sometiéndolo a las normas de protección de datos de carácter personal. Asimismo, considera que las restantes conductas que transgredan los derechos relacionados con la privacidad en las comunicaciones electrónicas han de ser recogidas en un tipo específico, asimilando la cuantía de las sanciones del Anteproyecto por dichas conductas con las establecidas en la Ley Orgánica.

XV

Debe ahora hacerse referencia a la reforma del régimen de infracciones y sanciones de la Ley 34/2002 objeto de reforma por la disposición final segunda del Anteproyecto sometido a informe.



Respecto de la tipificación de las conductas infractoras, el Anteproyecto únicamente procede a la modificación del artículo 38.3 c), pasando ahora a tipificar como infracción grave “El envío masivo 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”. De este modo, se suprime el inciso “o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario” que se incluía en la vigente redacción del precepto.

Ciertamente podría considerarse que la supresión de la regla concisa que se ha indicado anteriormente podría implicar una mayor indeterminación en los conceptos relacionados con las conductas derivadas de la vulneración de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 34/2002. No obstante esta Agencia es consciente de que la citada concreción ha dado lugar a situaciones en las que la gravedad de la conducta ha sido atenuada por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional hasta el punto de reducir en gran medida la incidencia de la disposición. De este modo, la supresión que se plantea en el Proyecto puede permitir una aplicación de criterios de mayor racionalidad en el futuro que faciliten una mayor garantía de los derechos de los afectados, atendiendo particularmente a supuestos de remisión de comunicaciones comerciales a número elevadísimos de destinatarios. Por ello, se informa favorablemente el texto propuesto.

No obstante, del tenor literal de la norma podría desprenderse que únicamente son reprobables las conductas consistentes en la remisión de una comunicación comercial a un número elevado de personas, sin que conductas aún más molestas, como el envío reiterado y sistemático de comunicaciones comerciales a un número más reducido de destinatarios podrían quedar sin sanción.

Por este motivo, **se propone completar el tipo sancionador al que se viene haciendo aquí mención, refiriendo el mismo no sólo al envío masivo de comunicaciones comerciales, sino también al envío “reiterado” de las mismas**, sin perjuicio de que el significado de dicho concepto, que seguramente será superior al establecido en la actual redacción de la norma, se materialice formalmente en los actos que sean dictado en aplicación del tipo sancionador y en la doctrina que en este punto vaya siendo establecida por los órganos jurisdiccionales.

XVI

El problema derivado de la reforma radica en la inexistencia de una tipificación de las conductas contrarias a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 34/2002, relativo a la introducción de dispositivos de almacenamiento de datos en los terminales de los usuarios sin contar con su consentimiento.



En este sentido, debe nuevamente reiterarse que el artículo 15 bis.1 de la Directiva 2002/58/CE, en la redacción resultante de la reforma operada por la Directiva 2009/136/CE, impone a los Estados Miembros la obligación de establecer sanciones disuasorias como consecuencia de la vulneración de los derechos y obligaciones que la misma reconoce, entre las que se encuentran las relacionadas con el nuevo régimen establecido en el artículo 22.2 de la Ley 34/2002.

Podría plantearse que la inexistencia de una reforma específica en este punto se debe al hecho de que las conductas contrarias al citado precepto pueden considerarse ya tipificadas por los apartados 4 g) y 3 i) del artículo 38 de la Ley 34/2002, que consideran, respectivamente, infracción leve “el incumplimiento de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya una infracción grave” e infracción grave “el incumplimiento significativo de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el régimen establecido por la Directiva 2009/136/CE y que viene a transponer el Anteproyecto objeto de informe implica una modificación sustancial de las condiciones exigibles para la introducción de los dispositivos a los que se refiere el artículo 22.2. De este modo, si antes de la reforma lo que la Ley exigía era cumplimentar los deberes de información y garantizar los procedimientos de rechazo a los que se refieren los tipos sancionadores mencionados, en el régimen ahora vigente no sólo exige dar cumplimiento al deber de información y permitir ese rechazo, sino no proceder a la instalación de los dispositivos si no se cuenta con el consentimiento del afectado.

De este modo, aun cuando las conductas tipificadas actualmente seguirían siendo constitutivas de infracción el régimen debería completarse con la tipificación de la infracción consistente en la instalación del dispositivo sin consentimiento del usuario, pues esta es la obligación prevista en el nuevo artículo 22.2 y en la Directiva 2009/136/CE.

Por ello se propone la adición de dos nuevos apartados a la disposición final segunda del Anteproyecto sometido a informe (que deberían, por coherencia con el resto del Anteproyecto ser el cuarto y el quinto), con el siguiente tenor:

“Cuatro. El apartado 3 i) del artículo 38 queda redactado como sigue:

“i) La utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos sin haber obtenido el consentimiento del interesado, conforme a lo exigido por el apartado 2 del artículo 22”.



Cinco. El apartado 4 g) del artículo 38 queda redactado como sigue:

“g) El incumplimiento de las obligaciones de información al interesado para la utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos a las que se refiere el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya una infracción grave”.”

XVII

La siguiente cuestión que debe analizarse es la relativa a las medidas de moderación de sanciones establecidas en el artículo 39 bis de la Ley 34/2002, objeto de reforma por el apartado cinco de la disposición final segunda. Esta norma viene a establecer la aplicación en el régimen sancionador de la Ley de criterios de modulación similares a los previstos en los apartados 5 y 6 del artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1999, en la redacción dada a los mismos por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, con las modificaciones propias de la normativa objeto de regulación por la Ley 34/2002.

La reforma parece tomar en consideración la observación efectuada por esta Agencia en el informe de 14 de marzo de 2011, en que se proponía la introducción de un apartado 9 a la Ley Orgánica que permitiese a la Agencia modular a través de los criterios de los apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica la cuantía de las sanciones que procediera imponer a la misma en aplicación de los regímenes sancionadores de las leyes 34/2002 y 32/2003, indicando en dicho informe que “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 dicha propuesta el texto sometido a informe prevé la inclusión de esta previsión, si bien dentro de las normas reguladoras del régimen sancionador de la Ley 34/2002 y no como modificación de la Ley Orgánica 15/1999. Esa propuesta permite una mejora en cuanto a la delimitación de los criterios de aplicación, por cuanto las causas de modulación del artículo 39 bis.1 propuesto se ajustan a las especialidades de la propia Ley, a diferencia de lo que ocurre con la totalidad de los criterios establecidos en el artículo 45.5 de la Ley Orgánica 15/1999, cuya finalidad es la modulación de sanciones de dicha Ley, ajustando los criterios a las circunstancias que rodean el tratamiento.



No obstante, junto con la ventaja citada la ubicación sistemática de la norma propuesta plantea un nuevo problema derivado de la existencia de dos órganos competentes en la aplicación del régimen sancionador de la Ley 34/2002: la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y esta Agencia Española de Protección de Datos. Dicho problema se plantea fundamentalmente en relación con la aplicación de la figura del apercibimiento (artículos 39 bis.2 de la Ley 34/2002 en la redacción propuesta y 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999), dado que uno de los requisitos exigibles al mismo consiste en que el infractor no haya sido previamente sancionado o apercibido.

De este modo, se haría necesario delimitar cuál sería la extensión a la que pretende referirse dicha norma, por cuanto la misma podría referirse a la inexistencia de una previa sanción o apercibimiento por parte del respectivo órgano sancionador o a la inexistencia de tales circunstancias respecto del régimen de cada una de las Leyes. En resumidas cuentas, debería plantearse si con esta previsión no sería imprescindible que los dos órganos a los que la Ley 34/2002 atribuye competencia en materia sancionadora debería mantener un intercambio constante de información sobre las resoluciones adoptadas que garantizase la adecuada aplicación de la norma o si, en el primero de los escenarios descritos la existencia, en lo que esta Agencia se refiere, de una previa sanción o apercibimiento en materia de protección de datos podría impedir la aplicación del beneficio establecido en el artículo 39 bis de la Ley 34/2002, en la redacción planteada por el Anteproyecto.

Sin que proceda, a nuestro juicio, entrar a valorar la intención del departamento proponente en este punto, no limitaremos a indicar que una interpretación de la norma congruente con la voluntad manifestada por esta Agencia en su informe de 14 de marzo de 2011 sería la que considerase que el apercibimiento procedería cuando el infractor no hubiera sido sancionado o apercibido con anterioridad por el propio órgano competente para la tramitación del expediente y como consecuencia de la vulneración de la propia Ley 34/2002 o de otras leyes, en el caso de la Agencia la Ley Orgánica 15/1999 y la Ley 32/2003, evitando así la necesidad de crear nuevos sistemas de intercambio de información entre autoridades competentes, máxime a la luz de la especialidad funcional de cada una de ellas.

Por ello, si bien esta Agencia Española de Protección de Datos manifiesta su conformidad con lo establecido en el nuevo artículo 39 bis propuesto, considera necesario que se establezca una aclaración al mismo en lo que se refiere al requisito exigible para que proceda el apercibimiento contenido en el apartado 2 b) del precepto, de modo que el mismo consista en **“que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad por el órgano competente al que corresponda resolver en virtud de las competencias sancionadoras que al mismo atribuyan esta u otras Leyes”**.



Igualmente, **esta Agencia considera procedente proponer que el régimen de apercibimiento, en los términos que se han descrito con anterioridad sea igualmente incluido en el régimen sancionador del propio Anteproyecto, al menos en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 74 c),** es decir, los usuarios, las empresas instaladoras de telecomunicación, los agentes económicos relacionados con equipos y aparatos de telecomunicación u “otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se halle tipificada por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad”.

XVIII

Debe ahora hacerse referencia a la reforma de la Ley 25/2007, prevista en la disposición final cuarta del Anteproyecto y que, en primer lugar, afecta esta Agencia en lo que respecta al régimen sancionador previsto en el artículo 10, objeto de reforma por el apartado tres de dicha disposición.

Dicho artículo modifica el régimen sancionador en la materia, actualmente incluido en la Ley 32/2003, en la redacción dada a la misma por la propia Ley 25/2007. Desde el punto de vista de las competencias de esta Agencia se prevé actualmente la existencia de una infracción leve por incumplimiento de los deberes a los que se refiere el artículo 8 de la Ley, siendo constitutivo de infracción grave su incumplimiento deliberado. En el texto propuesto dichas previsiones se incorporan como tipos infractores de la propia Ley 25/2007 en su artículo 10, señalando el apartado 2 del precepto que “A las infracciones previstas en el apartado anterior, a excepción de las indicadas en los apartados 1.b).iii y 1.c).ii de este artículo, les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, correspondiendo la competencia sancionadora al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados” y el apartado 3 que “A las infracciones previstas en los apartados 1.b).iii y 1.c).ii de este artículo les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, correspondiendo la competencia sancionadora a la Agencia Española de Protección de Datos”.

En consecuencia, la reforma únicamente supone una reubicación de las normas sancionadoras, siendo similar su tipificación como graves o leves y atribuyéndose en ambos casos la competencia a esta Agencia.

No obstante, es preciso tener en cuenta el tenor del propio artículo 8 de la Ley 25/2007, cuya vulneración implica la aplicación de los tipos infractores mencionados, según dicho precepto:



“1. Los sujetos obligados deberán identificar al personal especialmente autorizado para acceder a los datos objeto de esta Ley, adoptar las medidas técnicas y organizativas que impidan su manipulación o uso para fines distintos de los comprendidos en la misma, su destrucción accidental o ilícita y su pérdida accidental, así como su almacenamiento, tratamiento, divulgación o acceso no autorizados, con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

2. Las obligaciones relativas a las medidas para garantizar la calidad de los datos y la confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los mismos serán las establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo.

3. El nivel de protección de los datos almacenados se determinará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

4. La Agencia Española de Protección de Datos es la autoridad pública responsable de velar por el cumplimiento de las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y de la normativa de desarrollo aplicables a los datos contemplados en la presente Ley.”

En consecuencia se está haciendo referencia en esta norma a la obligación de los sujetos obligados por la Ley 25/2007 a la adopción de determinadas medidas que garanticen la seguridad de los datos sometidos a la propia Ley, siendo la legislación de protección de datos la que delimitará el alcance de esas obligaciones materiales y ostentando la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para velar por el cumplimiento del deber de seguridad, previsto por otra parte en el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999.

Es preciso traer en este punto a colación lo ya señalado en un lugar anterior de este informe en relación con la notificación de violaciones de protección de datos y las modificaciones propuestas al texto de la Ley Orgánica 15/1999, toda vez que los sujetos obligados por la Ley 25/2007 estarán asimismo sometidos al régimen de notificación establecido en el artículo 41 del Anteproyecto. De este modo, el régimen de la Ley 25/2007 ha de constituir un todo armónico con lo establecido en la propia legislación sectorial aplicable y en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Ello hace que a juicio de esta Agencia resultaría congruente con el espíritu de la Ley 25/2007 y de las restantes normas aplicables que la vulneración del artículo 8 de aquélla Ley fuera susceptible de sanción conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, a la que expresamente se remite de modo reiterado el citado artículo.

Por este motivo, esta Agencia propone las siguientes modificaciones del apartado tres de la disposición final cuarta del Anteproyecto:

1. **Suprimir la referencia a los tipos sancionadores a los que se refieren los apartados b) iii) y c) II) del artículo 10 en la redacción propuesta.**

2. Modificar el apartado 2 del artículo 10, pasando a indicar lo siguiente:

“A las infracciones previstas en el apartado anterior les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, correspondiendo la competencia sancionadora al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados”.

3. Modificar el apartado 3 del artículo 10, pasando a señalar lo siguiente:

“A las infracciones de las obligaciones de protección y seguridad de los datos establecidas en el artículo 8 les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, correspondiendo la competencia sancionadora a la Agencia Española de Protección de Datos.”

XIX

A la vista de todo lo que se ha señalado hasta este lugar se realizan las siguientes observaciones al Anteproyecto sometido a informe de esta Agencia Española de Protección de Datos:

PRIMERA: Incorporar como uno de los objetivos y principios rectores de la Ley en su artículo 3 “la garantía de los derechos de los usuarios, en particular en lo que afecta a las competencias de esta Agencia del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”.

SEGUNDA: Añadir un segundo párrafo al artículo 7 con el siguiente tenor:

“No será preciso el consentimiento del interesado para el tratamiento de los datos de carácter personal que haya de contener el Registro ni para la comunicación de dichos datos que se derive de su publicidad.”

TERCERA: Incluir en el artículo 41 un nuevo apartado con el siguiente tenor:



“La Agencia Española de Protección de Datos podrá adoptar, directrices y, en caso necesario, dictar instrucciones sobre las circunstancias en que se requiere que el proveedor notifique la violación de los datos personales, sobre el formato que debe adoptar dicha notificación y sobre la manera de llevarla a cabo, con pleno respeto a las disposiciones que en su caso sean adoptadas en esta materia por la Comisión Europea. Igualmente podrá, en el ejercicio de las facultades de inspección que le otorgan esta Ley y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, controlar y verificar si los proveedores han cumplido sus obligaciones de notificación y ejercer la potestad sancionadora en caso de incumplimiento.”

CUARTA: Modificar el apartado k) del artículo 47, pasando a tener el siguiente tenor:

“k) El derecho a la facturación detallada, clara y sin errores.”

QUINTA: Eliminar en el artículo 47 la referencia a los derechos recogidos en los apartados l) a p).

SEXTA: Incluir un nuevo artículo, que sería el 47 bis en la redacción actual del Anteproyecto, con el siguiente tenor literal:

“Artículo 47 bis: Derechos a la protección de datos personales y a la privacidad.

1. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo siguiente los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

a) A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.

b) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.

Los usuarios finales no podrán ejercer este derecho cuando se trate de llamadas de emergencia a través del número 112 o comunicaciones efectuadas a entidades que presten servicios de llamadas de urgencia que se determinen reglamentariamente.

Por un período de tiempo limitado, los usuarios finales no podrán ejercer este derecho cuando el abonado a la línea de destino haya solicitado la

identificación de las llamadas maliciosas o molestas realizadas a su línea.

c) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.

En este supuesto y en el anterior, los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas al público para efectuar llamadas nacionales a números de un plan nacional de numeración telefónica, así como los que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, deberán cumplir las condiciones que reglamentariamente se determinen sobre la visualización, restricción y supresión de la identificación de la línea de origen y conectada.

2. Asimismo se reconocen los derechos de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas:

a) A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicite.

b) 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.

c) A no recibir sin su consentimiento, llamadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los referidos en la letra 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.

d) A oponerse a recibir llamadas no solicitadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra b) y a ser informado de este derecho.”

3. En relación con las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas a las que se refiere el artículo 49 y además de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 30 de diciembre, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho:

a) A ser informados gratuitamente de la inclusión de sus datos en las guías, así como de la finalidad de las mismas, con carácter previo a dicha inclusión.



b) A que se recabe su consentimiento específico si la finalidad de la guía fuese distinta a la búsqueda de sus datos de contacto a partir de su nombre y, si resulta necesario, de un mínimo de otros identificadores.

c) A no figurar en las guías o a solicitar la omisión de alguno de sus datos.

d) A que no sea incluido en una guía ningún dato distinto a su nombre, apellidos, teléfono y dirección postal de su domicilio si no prestara su consentimiento previo para ello en los términos previstos en la legislación vigente en materia de protección de datos.

e) A que sus datos no sean utilizados para fines de comercialización directa.”

SÉPTIMA: Modificar la rúbrica y la primera frase del actual artículo 48, reemplazándola por la siguiente:

“Artículo 48. Derechos a la protección de datos personales y a la privacidad en relación con los datos de tráfico y localización.

1. En relación con el tratamiento de los datos de tráfico y localización los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos”

OCTAVA: Reemplazar en el artículo 48.1 b) la expresión “fines comerciales” por “promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas”.

NOVENA: Suprimir el apartado 1 del artículo 49 del Anteproyecto.

DÉCIMA: Añadir un nuevo apartado e) al artículo 68.1 del Proyecto incluyendo a la Agencia Española de Protección de Datos como Autoridad Nacional de Reglamentación, al menos en lo referente a la garantía de los derechos consagrados por los artículos 47 bis (propuesto en el presente informe) y 48 de la Ley.

UNDÉCIMA: Añadir un nuevo artículo 70 bis desarrollando las competencias de esta Agencia como Autoridad Nacional de Reglamentación.

DUODÉCIMA: Añadir una letra c) al artículo 72.1 en que se haga expresa referencia a la Agencia Española de Protección de Datos como autoridad competente para el ejercicio de la función inspectora.

DECIMOTERCERA: Añadir un nuevo apartado 5 al artículo 72 con el siguiente tenor:

“Corresponderá a la Agencia Española de Protección de Datos la inspección de las actividades respecto de las cuales tenga competencia sancionadora con arreglo a esta Ley, pudiendo ejercitar las facultades a las que se refiere el artículo 40 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, así como las establecidas en el apartado 3 del artículo siguiente”.

DECIMOCUARTA: Modificar el artículo 78.10 del Anteproyecto, pasando a señalar lo siguiente:

“10. El incumplimiento de las obligaciones de servicio público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo. No obstante, la vulneración de los deberes de notificación a los que se refiere el artículo 41 de esta Ley será sancionable conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.”

DECIMOQUINTA: 1. Incluir un nuevo apartado 13 en el artículo 78 del Anteproyecto tipificando como infracción leve:

“La vulneración de los derechos de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas a los que se refieren los artículos 47 bis a 49 de esta Ley”.

DECIMOSEXTA: Modificar el artículo 79.1 d) del Anteproyecto, pasando a establecer lo siguiente:

“d) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 50.000 euros. No obstante, la infracción a la que se refiere el apartado 13 del artículo 78 será sancionable con multa de 40.001 a 300.000 euros”.

DECIMOSÉPTIMA: Añadir un nuevo apartado 6 al artículo 79 del Anteproyecto a fin de que el mismo establezca un régimen de apercibimiento, en términos similares al artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999 y al propuesto en el actual apartado 5 de la disposición final segunda para la Ley 34/2002, al menos en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 74 c).

DECIMOCTAVA: Añadir en el artículo 84 la referencia a los apartados 2 y 3 del artículo 47 bis, en los términos en que el mismo ha sido propuesto.

DECIMONOVENA: Suprimir la disposición adicional novena.



VIGÉSIMA: Modificar el apartado 3 de la disposición final segunda del Anteproyecto, de forma que el párrafo último del artículo 22.2 de la Ley 34/2002 establezca lo siguiente:

“Cuando sea técnicamente posible y eficaz, 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.”

VIGÉSIMO PRIMERA: Modificar el apartado cuatro de la disposición final segunda del Anteproyecto, a fin de que el artículo 38.3 c) de la Ley 34/2002 tenga el siguiente tenor:

“El envío masivo o reiterado 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.”

VIGÉSIMO SEGUNDA: añadir un nuevo apartado cinco a la Disposición final segunda, con el siguiente tenor:

“Cuatro. El apartado 3 i) del artículo 38 queda redactado como sigue:

“i) La utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos sin haber obtenido el consentimiento del interesado, conforme a lo exigido por el apartado 2 del artículo 22”.

VIGÉSIMO TERCERA: Añadir un nuevo apartado seis a la Disposición final segunda, con el siguiente tenor:

Cinco. El apartado 4 g) del artículo 38 queda redactado como sigue:

“g) El incumplimiento de las obligaciones de información al interesado para la utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos a las que se refiere el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya una infracción grave”.

VIGÉSIMO CUARTA: Modificar el actual apartado cinco de la Disposición final segunda, que pasaría a ser el siete, en lo referente a la letra b) del apartado 2 del artículo 39 bis de la Ley 34/2002, que pasaría a señalar lo siguiente:

“Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad por el órgano competente al que corresponda resolver en virtud de las competencias sancionadoras que al mismo atribuyan esta u otras Leyes”.



VIGÉSIMO QUINTA: Suprimir la referencia a los tipos sancionadores a los que se refieren los apartados b) iii) y c) II) del artículo 10 de la Ley 25/2007 en la redacción propuesta por el apartado tres de la disposición final cuarta.

VIGÉSIMO SEXTA: Modificar el apartado tres de la disposición final cuarta, en lo que respecta a los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la Ley 25/2007, pasando a indicar lo siguiente:

“2. A las infracciones previstas en el apartado anterior les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, correspondiendo la competencia sancionadora al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados”.

“3. A las infracciones de las obligaciones de protección y seguridad de los datos establecidas en el artículo 8 les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, correspondiendo la competencia sancionadora a la Agencia Española de Protección de Datos.”

VIGÉSIMO SÉPTIMA: Introducir una nueva disposición final, que sería la Quinta bis, con el siguiente tenor:

“Disposición final quinta bis: 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.”