

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Proyecto de Circular sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, cúpleme informarle lo siguiente:

I

El proyecto de circular objeto de informe tiene por finalidad fijar los criterios a los que responderá la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos en la aplicación de la normativa sobre protección de datos de carácter personales respecto del derecho de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la comunicación pueda ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679, de conformidad con lo previsto en el artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

La presente circular se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 55 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales:

Artículo 55. Potestades de regulación. Circulares de la Agencia Española de Protección de Datos.

- 1. La Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos podrá dictar disposiciones que fijen los criterios a que responderá la actuación de esta autoridad en la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica, que se denominarán «Circulares de la Agencia Española de Protección de Datos».*
- 2. Su elaboración se sujetará al procedimiento establecido en el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, que deberá prever los informes técnicos y jurídicos que fueran necesarios y la audiencia a los interesados.*
- 3. Las circulares serán obligatorias una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.*

La tramitación de la misma se ha realizado de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

En este sentido, el texto inicial del proyecto fue elaborado, a instancias de la Directora de la AEPD, por el Gabinete Jurídico sobre la base de nuestro Informe 40/2023, de XX de abril de 2023, constando asimismo el informe técnico de la Subdirección General de Inspección de Datos poniendo de manifiesto la necesidad de la presente circular.

Durante la tramitación interna del expediente normativo emitieron informe, asimismo, la Subdirección General de Promoción y Autorizaciones, la División de Relaciones Internacionales y la División de Innovación Tecnológica, que se completan desde el punto de vista jurídico con el presente informe.

Asimismo, se ha sustanciado el trámite de audiencia e información pública por un plazo de quince días hábiles y se ha recabado el informe de la Secretaría General de Telecomunicaciones y Ordenación de los Servicios de Comunicación Audiovisual del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, al afectar directamente a sus competencias.

Una vez incorporado el presente informe al expediente, deberá recabarse el preceptivo informe del Consejo de Estado por conducto de la persona titular del Ministerio de Justicia.

Se considera conveniente que, de conformidad con lo previsto en el artículo 19.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en la orden de remisión del expediente se haga constar la urgencia del dictamen, dada la entrada en vigor del 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones el próximo 29 de junio y las importantes dudas que se han suscitado en los sectores afectados, tal y como se ha puesto de manifiesto en el trámite de audiencia e información pública.

II

En cuanto al contenido de la Circular, la misma se corresponde con lo indicado por este Gabinete Jurídico en el Informe 40/2023, en el que se concluía lo siguiente:

V

Consecuentemente, tal y como se ha analizado a lo largo del presente informe, atendiendo a la redacción literal del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, a los antecedentes históricos y legislativos y, especialmente, al espíritu y finalidad de la norma, que no ha limitado exclusivamente la realización de las llamadas con fines de comunicación comercial al previo consentimiento de los usuarios finales, sino que ha incluido la posibilidad de que puedan ampararse en otras bases jurídicas del artículo 6.1. del RGPD, debe concluirse que el precepto admite, como base legitimadora,

además del consentimiento, el interés legítimo, conforme a lo señalado en el apartado anterior.

En cuanto a la posible contradicción entre dicho artículo y la disposición final sexta de la propia LGTel, que no se modificó en el trámite parlamentario pese a la modificación sustancial que se realizó en el texto del artículo 66.1.b), debe prevalecer el régimen contenido en dicho precepto, en cuanto regulación sustantiva, frente a una disposición de carácter temporal.

Dadas las dudas suscitadas en la interpretación de este precepto, y con la finalidad de contribuir a la seguridad jurídica, este Gabinete Jurídico considera oportuno que se tramite y apruebe una circular, conforme a lo previsto en el artículo 55 de la LOPDGDD y en el artículo 6 del Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

Por consiguiente, el presente informe se centrará en analizar las principales modificaciones introducidas en el texto como consecuencia de las observaciones recibidas durante el trámite de audiencia e información pública.

Para la realización de este análisis debe partirse necesariamente de la finalidad perseguida por el legislador con la reforma, que ha implicado un cambio sustancial en el régimen jurídico aplicable a las llamadas no deseadas con fines comerciales, pasando del reconocimiento de un derecho de oposición de los usuarios, lo que implicaba reconocer un interés de los responsables a realizar dichas llamadas en tanto en cuanto no se hubiera ejercido dicha oposición, a reconocer un derecho de los usuarios a no recibir dichas llamadas, lo que conlleva la obligación de los responsables de no realizarlas salvo que concurran algunas de las excepciones contempladas en la norma.

En este sentido, en el Informe 40/2023, después de analizar la evolución normativa al respecto y respecto de la situación existente con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente LGTel, se señalaba lo siguiente:

“Por consiguiente, atendiendo a las normas citadas y la prevalencia de la LGTel como norma especial, era lícito realizar llamadas con fines de comunicación comercial siempre que el usuario final no hubiera ejercido su derecho de oposición, reconociéndose un ejercicio de ese derecho con carácter general mediante la inclusión en un fichero de exclusión publicitaria, siendo obligatoria su consulta por quienes pretendan realizar dichas comunicaciones salvo que el afectado hubiera prestado su consentimiento”.

En cuanto al nuevo régimen implantado por la LGTel de 2022, una vez estudiado el régimen jurídico aplicable y la evolución del proceso legislativo y

atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 3 del Código Civil, se concluía que:

“Consecuentemente, tal y como se ha analizado a lo largo del presente informe, atendiendo a la redacción literal del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, a los antecedentes históricos y legislativos y, especialmente, al espíritu y finalidad de la norma, que no ha limitado exclusivamente la realización de las llamadas con fines de comunicación comercial al previo consentimiento de los usuarios finales, sino que ha incluido la posibilidad de que puedan ampararse en otras bases jurídicas del artículo 6.1. del RGPD, debe concluirse que el precepto admite, como base legitimadora, además del consentimiento, el interés legítimo, conforme a lo señalado en el apartado anterior.

Previamente se había señalado una de las principales diferencias derivadas del nuevo régimen jurídico instaurado por la LGTel de 2022:

Sin embargo, a diferencia del régimen contenido en el artículo 48.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones, que legitimaba directamente la realización de las llamadas sin perjuicio de dicho derecho de oposición, la remisión a las bases del artículo 6.1.f) requiere que, previamente, el responsable haya realizado la correspondiente ponderación, en los términos señalados en el presente informe.

Como puede observarse, se trata de un cambio sustancial, puesto que se ha pasado de un sistema en el que se presumía la existencia de un interés legítimo del responsable que le facultaba para realizar las llamadas, reconociéndose exclusivamente un derecho de oposición, a un nuevo sistema en el que se reconoce el derecho de los afectados a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que el responsable acredite la existencia de un interés legítimo sobre el que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado.

De este modo, el reconocimiento directo del derecho a no recibir llamadas no deseadas, conlleva la obligación de los responsables de no realizarlas salvo que acrediten la existencia de algunos de las dos excepciones contempladas en el citado precepto, que dado su carácter excepcional, deben ser objeto de interpretación restrictiva.

En este sentido, el informe obrante en el expediente de la Secretaría General de Telecomunicaciones y Ordenación de los Servicios de Comunicación Audiovisual del Ministerio de Economía y Transformación Digital, destaca este cambio sustancial del régimen jurídico aplicable a las llamadas

comerciales no deseadas, que por su trascendencia, en cuanto departamento proponente de la nueva LGTel, se transcribe a continuación:

I. El derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas ha estado regulado, hasta la aprobación de la vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”), en el artículo 48.1 de la ahora derogada Ley 9/2014, de 9 de mayo.

Dicho artículo venía a establecer un régimen “opt-in” (consentimiento) para las comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas mediante llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax (apartado 1.a)) en contraste con el régimen “opt-out” (derecho de oposición) previsto para las que se realizaran mediante sistemas distintos (apartado 1.b)).

El mencionado régimen de “opt-out”, por el que se reconocía a los usuarios finales un derecho de oposición a recibir llamadas con fines de comunicación comercial, se mantenía de manera idéntica en el proyecto de LGTel que fue remitido por el Gobierno a las Cortes Generales.

Sin embargo, a raíz de la tramitación del proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, la aprobación de una enmienda supuso la sustitución del mencionado régimen de “opt-out” (derecho de oposición) por un régimen de “opt-in”, basado en el consentimiento.

Posteriormente, durante la continuación de la tramitación parlamentaria de la LGTel, a la base legitimadora del consentimiento se añadió la referencia a las bases de legitimación contenidas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales (RGPD), como fórmula adicional en coherencia con el citado reglamento.

Y así, la redacción del artículo 66.1.b) de la vigente LGTel consagra el derecho de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración a:

“(…)

b) a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la comunicación pueda ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales”.

Cabe mencionar que el referido régimen de “opt-in”, que ya regía hace tiempo para las comunicaciones comerciales por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes (ex. artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI)), resulta acorde con lo previsto en el artículo 13 de la vigente 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).

II. En efecto, con la redacción del artículo 66.1.b) el legislador ha optado por un cambio normativo que supone transitar desde el régimen de “opt-out” (derecho de oposición) previsto en el artículo 48.1.b) de la derogada Ley 9/2014 a un régimen “opt-in” (basado en el consentimiento u otra base legitimadora ex. artículo 6.1 RGPD). Este cambio normativo no puede sino materializarse, de facto, en una nueva forma de aplicar e interpretar el derecho de los usuarios finales en relación con la recepción de llamadas con fines de comunicación comercial, al exigirse ahora una base jurídica legitimadora al efecto.

Según se ha descrito, este régimen “opt-in” encuentra descanso, en primer término, en el consentimiento previo del usuario para recibir llamadas con fines de comunicación comercial, pudiendo ampararse también –por disposición expresa del mencionado apartado b) del artículo 66.1 de la LGTel - en otras bases legitimadoras de las previstas en el artículo 6.1 del RGPD, como puede ser el interés legítimo.

Al respecto, se estima que la concurrencia de esta base jurídica del interés legítimo debe constatarse en cada caso atendiendo a los derechos e intereses concretamente afectados y sin que quepa, por tanto, su invocación genérica. Debe advertirse, al respecto, que permitir una aplicación no acotada del interés legítimo de terceros como base legitimadora para la remisión de comunicaciones comerciales podría dar lugar, en último extremo, a desvirtuar el cambio de régimen instaurado por el legislador despojándolo de sus efectos prácticos.

III. Por ello, por parte de este Centro Directivo **se observa la necesidad de acotar los términos y supuestos en los que cabe invocar el interés legítimo** del responsable del tratamiento, si bien ya se identifica un supuesto claro al incluir -según contempla el artículo 3 del proyecto- la existencia de una relación contractual previa con el responsable del tratamiento, en línea con lo previsto en el apartado 2 del artículo 21 de la LSSI, **pero especialmente necesario respecto a la invocación del interés legítimo por terceros, habida cuenta de que una interpretación amplia y flexible de esta base legitimadora para el tratamiento de datos de carácter personal por terceros con el objeto de poder efectuar comunicaciones comerciales no solicitadas podría ser contrario a la finalidad del cambio normativo** que se ha efectuado en la realización de esto tipo de llamadas en virtud del artículo 66.1.b) de la LGTel o la dejaría prácticamente sin aplicación práctica como innovación normativa, pues en realidad se seguiría aplicando el régimen jurídico anterior a la vigente LGTel.

Por consiguiente, la interpretación de los criterios que pueden utilizarse para la realización de la ponderación exigida para la aplicación de la base jurídica del interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD debe realizarse de forma estricta, evitando que los responsables del tratamiento puedan realizar

una interpretación en términos tan amplios que menoscaben la tutela legítima de los intereses legítimos de los consumidores y usuarios que sería contraria a la finalidad pretendida por la norma de *proteger en mayor medida* dichos intereses, tal y como se recogía en la Enmienda 211.

En este sentido, y al objeto de identificar el principal supuesto en el que puede presumirse que dicha ponderación se ajusta a las previsiones de la LGTel y del RGPD, el texto de la circular se centra en el caso de que exista una relación contractual previa y se trate de productos o servicios similares de su propia empresa conforme al criterio recogido en el Informe de este Gabinete Jurídico 195/2017, que por su importancia se transcribe de nuevo:

Centrándonos en los restantes supuestos de acciones de publicidad o mercadotecnia a las que se refiere la consulta; es decir, las no realizadas a través de medios electrónicos, el ya reproducido artículo 21 de la Ley 34/2002 ya permite, aun no siendo de aplicación a estas otras acciones, valorar los supuestos en los que el legislador de la Unión Europea puede considerar de aplicación una regla distinta del consentimiento para el tratamiento de estos datos.

En efecto, si las normas reguladoras de la privacidad en las comunicaciones electrónicas, que establecen un régimen especialmente estricto a la hora de obtener el consentimiento del interesado exceptúan de dicho consentimiento el supuesto referido a comunicaciones relativas a “productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”, cabe deducir que esta regla sería aplicable por analogía a los supuestos en que dichos requisitos son menos exigibles; es decir, a las acciones realizadas a través de otros canales de comunicación.

Ahora bien, para que dicha ponderación deba efectuarse en beneficio de la entidad responsable será preciso que se haga una interpretación razonable de lo que debe ser considerado como un producto o servicio similar al previamente contratado por el cliente, de forma que la habilitación que podría ampararse en la regla a la que se está haciendo referencia debería igualmente vincularse con la naturaleza de los productos y servicios previamente contratados, no extendiéndose a aquéllos respecto de los que no pueda aplicarse una identificación lógica basada en la expectativa razonable del cliente.

De este modo, no cabría duda de que sería posible la oferta de otros productos relacionados con el ahorro o el crédito, pero sería necesario establecer ya un primer análisis restrictivo cuando la acción de publicidad se refiriese a servicios que pudieran encajar en el concepto amplio de “servicios financieros”, como sucedería en el caso de los seguros. Finalmente, la ponderación a la que estamos haciendo referencia no operaría cuando se tratase de publicidad u oferta de productos o servicios que no guardan relación con la actividad de la

entidad, sino que la acción publicitaria deriva de la existencia de un determinado acuerdo con el anunciante al que se refiriese la publicidad o afectase a productos o servicios no financieros pero ofrecidos por empresas del grupo o participadas por la entidad.

Por otra parte, la ponderación que acaba de realizarse sería aplicable a los supuestos en que el interesado mantuviera una relación con la entidad, sin afectar a aquéllos en que el cliente hubiese cesado en esa relación.

En este sentido, la propia consultante considera que son argumentos favorables a realizar la ponderación los derivados del hecho de que los clientes de una entidad vienen aceptando habitualmente esa publicidad, lo que convierte su recepción, a salvo siempre del ejercicio del derecho de oposición, en una expectativa razonable derivada del propio tratamiento. Ello supone que la recepción de la publicidad de la entidad con la que se mantiene una relación puede resultar generalmente inocua para el cliente, de modo que sólo cuando éste ejerce expresamente su derecho de oposición podría considerarse que se aprecia por su parte una intromisión excesiva en su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Sin embargo, esta conclusión no puede predicarse de aquellos supuestos en que el afectado ha decidido voluntariamente cesar en la relación con la entidad, bien por haber resuelto sobre la base de su propia decisión la relación con aquélla, bien por el hecho de haberse cumplido plenamente dicha relación sin que el afectado haya manifestado su voluntad de contratar nuevos productos o servicios de la entidad. En este caso, sin perjuicio de que pueda apreciarse un interés legítimo de la entidad en llevar a cabo la oferta de esos productos o servicios, no cabría considerar que exista una expectativa razonable en quien ya no es cliente de una entidad o lo ha sido eventualmente de seguir recibiendo las ofertas de productos o servicios de esa entidad a menos que manifieste su negativa a ello.

En consecuencia, respecto del primero de los supuestos citados, y siempre partiendo de que las entidades darían pleno cumplimiento a sus obligaciones de transparencia, conforme a los artículos 13 y 14 del Reglamento general de protección de datos, estableciendo además un procedimiento sencillo para el ejercicio del derecho de oposición, cabría considerar que el tratamiento podría ampararse en el artículo 6.1 f) del citado Reglamento cuando las acciones se llevasen a cabo por medios no electrónicos, el afectado siguiese siendo cliente de la entidad y los productos o servicios ofertados puedan considerarse “similares” a los contratados por el cliente.

III

Una vez hechas las consideraciones anteriores, procede analizar las principales cuestiones suscitadas durante el trámite de audiencia e información pública y que han sido incorporadas al texto de la circular, comenzando con la referida a su ámbito de aplicación, ya que se ha suscitado la duda de si, dada la redacción del artículo 1 de la LGTel, que establece como objeto de la ley *“la regulación de las telecomunicaciones, que comprende la instalación y explotación de las redes de comunicaciones electrónicas, la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, sus recursos y servicios asociados, los equipos radioeléctricos y los equipos terminales de telecomunicación, de conformidad con el artículo 149.1.21.^a de la Constitución”* debería entenderse que el artículo 66.1.b) únicamente debería aplicarse a los operadores que instalan, explotan las redes de comunicaciones electrónicas y prestan los servicios de comunicaciones electrónicas o si por el contrario, cuando el artículo 66 habla de la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, no lo hace solo refiriéndose a los operadores de telecomunicaciones que prestan los servicios de comunicaciones, sino a cualquier actor que haga uso de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en numeración para comunicarse con el interesado, independientemente del sector al que pertenezca el actor que utilice dicho servicio para comunicarse con el usuario.

Este Gabinete Jurídico comparte esta última interpretación ya que la ley no restringe el ámbito de aplicación de este derecho que se reconoce a todos los consumidores y usuarios, sin que en este ámbito de aplicación se hayan introducido novedades significativas por la nueva LGTel en relación con el régimen jurídico existente con anterioridad.

En este sentido, la Exposición de motivos de la nueva LGTel sigue haciendo hincapié en la protección que, con carácter general, se pretende otorgar a los consumidores y usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas de manera complementaria a la prevista en la normativa general de protección de los derechos de consumidores y usuarios:

En relación con los derechos de los usuarios de comunicaciones electrónicas es de significar que su protección viene garantizada además de por las disposiciones específicas establecidas en esta ley, que regulan los derechos específicos de los usuarios de comunicaciones electrónicas, que se refuerzan en esta ley, por la normativa general de protección de los derechos de consumidores y usuarios. Las disposiciones que esta ley y su desarrollo reglamentario contiene en materia de derechos específicos de los usuarios finales y consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas serán de aplicación preferente a las disposiciones que regulen con carácter general los

derechos de los consumidores y usuarios. Esta complementariedad de normativas convierte a las telecomunicaciones en uno de los sectores cuyos usuarios gozan de un mayor nivel de protección, tal como ha destacado de manera expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 72/2014).

En este ámbito de reconocimiento y protección de los derechos de los usuarios de comunicaciones electrónicas ha de afirmarse que esta ley está en línea con la Carta de Derechos Digitales presentada por el Gobierno el 14 de julio de 2021, como marco para la producción normativa y las políticas públicas que garantice la protección de los derechos individuales y colectivos ante las nuevas situaciones y circunstancias generadas en el entorno digital.

Consecuentemente, el artículo 3, en su letra k, incluye dentro de los objetivos y principios de la ley el de la protección de los datos personales de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas:

k) defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección a las personas con discapacidad, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones;

Y el artículo 66.1.b) se ubica sistemáticamente dentro del Capítulo IV, que lleva por rúbrica “Derechos de los usuarios finales”, y cuyo artículo 64 extiende su titularidad a todos los usuarios finales y consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas:

Artículo 64. Derechos de los usuarios finales y consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas.

1. Son titulares de los derechos específicos reconocidos en este capítulo, en las condiciones establecidas en el mismo.

[...]

4. El reconocimiento de los derechos específicos de los usuarios finales y consumidores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que efectúa este capítulo se entiende sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para aspectos no recogidos en la presente ley.

5. Las disposiciones que esta ley y su desarrollo reglamentario contienen en materia de derechos específicos de los usuarios finales y consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas, en aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa, serán de aplicación preferente en caso de conflicto con las disposiciones que regulen con carácter general los derechos de los consumidores y usuarios. La supervisión y control del correcto ejercicio de los derechos específicos de los usuarios finales y consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas, así como la inspección y sanción por su incumplimiento, estará a cargo de la autoridad que se determine en esta ley y su desarrollo reglamentario.

Este ámbito de aplicación se corresponde con el de 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), cuya transposición parcial se lleva a cabo en estos preceptos:

Artículo 1 Ámbito de aplicación y objetivo

1. La presente Directiva armoniza las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, 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.

Asimismo, su artículo 2. A) define «usuario» como “una persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio”

En relación con estas comunicaciones electrónicas, los Considerandos 41 a 42 se centran en los conceptos de empresas y usuarios o abonados (receptores de las comunicaciones no solicitadas), sin restringir su ámbito de aplicación a un sector de actividad concreto, resultando este alcance general, igualmente, de la regulación de su artículo 13:

Artículo 13 Comunicaciones no solicitadas

1. Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en

el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva 95/46/CE, esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares, a condición de que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan las mismas y, en caso de que el cliente no haya rechazado inicialmente su utilización, cada vez que reciban un mensaje ulterior.

3. Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar, que, sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa en casos que no sean los mencionados en los apartados 1 y 2, bien sin el consentimiento del abonado, bien respecto de los abonados que no deseen recibir dichas comunicaciones. La elección entre estas dos posibilidades será determinada por la legislación nacional.

4. Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones.

5. Los apartados 1 y 3 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 las comunicaciones no solicitadas.

Esta cuestión ya fue analizada por el Informe de este Gabinete Jurídico 378/2010, el cual, después de examinar la normativa entonces aplicable en el ámbito de las telecomunicaciones y hacer referencia a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI), en cuanto que transpone parcialmente la misma Directiva 2002/58/CE, y establece previsiones para los consumidores y usuarios de aquellos servicios, en una línea general, es decir, derechos frente a cualquiera, señalaba lo siguiente:

Y es que la naturaleza y razón de ser de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios electrónicos y de telecomunicación, es una realidad que entra en juego, dada la aludida condición de consumidor o usuario, el cual constituye el dato determinante. Ello da lugar a que la regulación normativa se aplique de una manera general – y salvo excepciones – frente a cualquier empresa o empresario que utilice aquellos servicios, y no pues, solamente frente

a las compañías operadoras en el sector. Es pues, un código de derechos general y de aplicación indeterminada.

IV

Una de las principales cuestiones que se ha suscitado en el trámite de consulta pública y respecto de la cual se ha recibido mayor número de observaciones, en un sentido y en otro, es el referido a la posibilidad de que la realización de llamadas telefónicas con finalidad comercial a rangos telefónicos aleatorios, práctica generalizada en España, pudiera entenderse que sigue siendo admisible al amparo del artículo 66.1.b) de la LGTel al estar legitimado conforme al artículo 6.1.f) del RGPD, siempre que una vez valorados los intereses de las partes implicadas resultara un resultado favorable para el interés legítimo perseguido por el responsable.

Tal y como hemos señalado anteriormente, el reconocimiento directo del derecho a no recibir llamadas no deseadas conlleva la obligación de los responsables de no realizarlas salvo que acrediten la existencia de alguna de las dos excepciones contempladas en el citado precepto, que dado su carácter excepcional, deben ser objeto de interpretación restrictiva, lo que refuerza la necesidad de la presente circular en la que se fijan los criterios que permitan delimitar los supuestos en los que la AEPD va a considerar adecuada la ponderación realizada por el responsable para considerar prevalente su interés legítimo, evitando que la correspondiente ponderación pueda realizarse en términos tan amplios que eludan el cambio de régimen jurídico que se ha producido con la nueva regulación.

La necesidad de fijar dichos criterios deriva del propio trámite de consulta pública, en el que se han puesto de manifiesto las diferentes interpretaciones que se estaban realizando al respecto y viene impuesta por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica.

De este modo, tal y como ya se adelantó en el informe 195/2017, existe un criterio previo adoptado por el legislador para un supuesto en el que existe identidad de razón, derivando ambos de la transposición de la Directiva 2002/58/CE, que es el recogido expresamente en el artículo 21.2 de la LSSI, tal y como se razonaba en el citado informe, en el que se concluía que *“siempre partiendo de que las entidades darían pleno cumplimiento a sus obligaciones de transparencia, conforme a los artículos 13 y 14 del Reglamento general de protección de datos, estableciendo además un procedimiento sencillo para el ejercicio del derecho de oposición, cabría considerar que el tratamiento podría ampararse en el artículo 6.1 f) del citado Reglamento cuando las acciones se llevasen a cabo por medios no electrónicos, el afectado siguiese siendo cliente de la entidad y los productos o servicios ofertados puedan considerarse “similares” a los contratados por el cliente”*.

Atendiendo a esta interpretación, las llamadas a números de teléfono generados de forma aleatoria no se encontraría amparada por la aplicación del artículo 6.1.f del RGPD, al no concurrir los requisitos anteriormente señalados.

A estos efectos, no puede invocarse de contrario que el número de teléfono generado de forma aleatoria no es un dato de carácter personal y por tanto, podría realizarse la llamada en cuanto que se desconocen otros datos personales de la persona a la que se llama.

Esta Agencia no desconoce la existencia de diversas sentencias de la Audiencia Nacional, muy anteriores al RGPD, en las que se consideraba que el número de teléfono generado de forma aleatoria no podía considerarse dato de carácter personal. En este sentido, en la sentencia de 16 de noviembre de 2005, el Tribunal consideró 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 pronunció en la 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.”*

En el hipotético caso de que resultara de aplicación dicha doctrina, si el número de teléfono generado de forma aleatoria no puede considerarse dato de carácter personal, no resultaría de aplicación el RGPD ni, por consiguiente, las bases de legitimación contenidas en su artículo 6.1 al que se remite el artículo 66.1.b) de la LGTel, prevaleciendo el derecho del afectado a no recibir llamadas, salvo que pudiera acreditarse la existencia de un consentimiento previo.

No obstante, este Gabinete Jurídico considera que dichos números generados de forma aleatoria tienen, en la actualidad, el carácter de dato de carácter personal. En este sentido, ya en informes anteriores en los que se analizaba la problemática derivada de este tipo de prácticas y su deficiente regulación, como los informes 49/2011 y 21/2013, partiendo de la citada doctrina de la Audiencia Nacional, se identificaban distintos supuestos en los que el empleo de números de teléfono generados de forma aleatoria implicaría un tratamiento de datos de carácter personal sometido a la normativa sobre protección de datos de carácter personal, como ocurriría en los siguientes casos:

- *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).*
- *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.*
- *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.*
- *En los casos en que dicho número figure en un fichero común de exclusión.*

El RGPD parte de un concepto amplio de dato personal como *toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (artículo 4.1).*

En relación con el requisito de la identificabilidad, el Considerando 26 señala que *“Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos”.*

Como ha señalado esta Agencia, la definición refleja la intención del legislador de mantener un concepto amplio de *“datos personales”*, lo que exige

una interpretación amplia que abarque toda información que pueda vincularse con una persona, o referirse a una persona identificable, con el objetivo de proteger las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, entre otros, particularmente su derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.

La doctrina elaborada por el TJUE respecto a la amplitud con la que debe interpretarse el concepto de dato personal se ha ido adaptando atendiendo a los diversos avances tecnológicos. De este modo, en la sentencia de 24/11/2011, asunto C-70/10, en su párrafo 51 consideró que las direcciones IP son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar concretamente a tales usuarios. Este criterio se mantiene y se amplía a los supuestos en los que incluso se trata de las direcciones IP dinámicas, aquellas asignadas de manera temporal por los proveedores de acceso a la red a sus clientes, considerando que seguían constituyendo un dato personal cuando el encargado de almacenarlas, en este caso el titular de un sitio web, no disponía de los datos adicionales necesarios para la identificación del usuario concreto, sino que estaban en posesión de un tercero, recogiendo este criterio, de nuevo favorable a una interpretación amplia del concepto de dato personal, en la STJUE de 19/10/ 2016, en el asunto C-582/14, Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland.

El mismo carácter de dato personal de la dirección IP ha sido reiteradamente reconocido por nuestro Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, no solo en el ámbito contencioso administrativo (Sentencias de la Sala de lo Penal 249/2008, 20 de mayo; 236/2008, 9 de mayo; 680/2010, 14 de julio, 292/2008, 28 de mayo y 16/2014 de 30 de enero).

En similares términos se había pronunciado esta Agencia en relación con el carácter de dato personal de informaciones tales como las direcciones IP, estáticas o dinámicas, o la dirección de correo electrónico, incluso en supuestos en que la misma no identifique directamente al interesado. Así, en cuanto al primero de los supuestos, en informe de 12 de septiembre de 2003 se señalaba lo siguiente:

“El TCP/IP se trata de un protocolo básico de transmisión de datos en Internet, donde cada ordenador se identifica con una dirección IP numérica única. Las redes TCP/IP se basan en la transmisión de paquetes pequeños de información, cada una de los cuales contiene una dirección IP del emisor y del destinatario.

Por otro lado, el DNS (sistema de nombre de dominio) es un mecanismo de asignación de nombres a ordenadores identificados con una dirección IP. Ciertas herramientas existentes en la red permiten encontrar el enlace entre el nombre de dominio y la empresa o el particular.

A su vez, los proveedores de acceso a Internet y los administradores de redes locales pueden identificar por medios razonables a los usuarios de Internet a los que han asignado direcciones IP. Un proveedor de acceso a Internet que tiene un contrato con un abonado a Internet, normalmente mantiene un fichero histórico con la dirección IP (fija o dinámica) asignada, el número de identificación del suscriptor, la fecha la hora y la duración de la asignación de dirección. Es mas, si el usuario de Internet está utilizando una red pública de telecomunicaciones, como un teléfono móvil o fijo, la compañía telefónica registrará el número marcado, junto con la fecha, la hora y la duración, para la posterior facturación.

En estos casos, ello significa que, con la asistencia de terceras partes responsables de la asignación, se puede identificar a un usuario de Internet, es decir, obtener su identidad civil (nombre dirección, número de teléfono, etc), por medios razonables, con lo que no cabe duda de que se puede hablar de datos de carácter personal en el sentido de la letra a) del artículo 3 de la Ley 15/1999.

En otros casos, un tercero puede llegar a averiguar la dirección IP dinámica de un usuario pero no ser capaz de relacionarla con otros datos que le permitan identificarlo. Obviamente, resulta más sencillo identificar a los usuarios de Internet que utilizan direcciones estáticas.

Sin embargo, en muchos casos existe la posibilidad de relacionar la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, de acceso público o no, que permitan identificarlo, especialmente si se utilizan medios invisibles de tratamiento para recoger información adicional sobre el usuario, tales como cookies con un identificador único o sistemas modernos de minería de datos unidos a bases de datos con información sobre usuarios de Internet que permite su identificación.

Así pues, aunque no siempre sea posible para todos los agentes de Internet identificar a un usuario a partir de datos tratados en la Red, desde esta Agencia de Protección de Datos se parte de la idea de que la posibilidad de identificar a un usuario de Internet existe en muchos casos y, por lo tanto, las direcciones IP tanto fijas como dinámicas, con independencia del tipo de acceso, se consideran datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos."

El dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, adoptado el 20 de junio de 2007 por el Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, actualmente asumido por el Comité Europeo de Protección de Datos, analiza igualmente diversos supuestos, alcanzando conclusiones similares a las que se han venido indicando a lo largo de este informe. En particular, en relación con el concepto de "persona identificable", al que dedica su apartado II.3, el recuerda "los comentarios a los artículos de la propuesta modificada de la Comisión, en donde se afirma que «una persona puede ser

identificada directamente por su nombre y apellidos o indirectamente por un número de teléfono, la matrícula de un coche, un número de seguridad social, un número de pasaporte o por una combinación de criterios significativos (edad, empleo, domicilio, etc.), que haga posible su identificación al estrecharse el grupo al que pertenece.»”.

Asimismo, el citado dictamen recuerda que es posible hablar de la existencia de datos personales incluso en supuestos en los que no se cuenta con una identificación singularizada del interesado, dado que:

“(…) conviene señalar que, si bien la identificación a través del nombre y apellidos es en la práctica lo más habitual, esa información puede no ser necesaria en todos los casos para identificar a una persona. Así puede suceder cuando se utilizan otros «identificadores» para singularizar a alguien. Efectivamente, los ficheros informatizados de datos personales suelen asignar un identificador único a las personas registradas para evitar toda confusión entre dos personas incluidas en el fichero. También en Internet, las herramientas de control de tráfico permiten identificar con facilidad el comportamiento de una máquina y, por tanto, la del usuario que se encuentra detrás. Así pues, se unen las diferentes piezas que componen la personalidad del individuo con el fin de atribuirle determinadas decisiones. Sin ni siquiera solicitar el nombre y la dirección de la persona es posible incluirla en una categoría, sobre la base de criterios socioeconómicos, psicológicos, filosóficos o de otro tipo, y atribuirle determinadas decisiones puesto que el punto de contacto del individuo (un ordenador) hace innecesario conocer su identidad en sentido estricto. En otras palabras, la posibilidad de identificar a una persona ya no equivale necesariamente a la capacidad de poder llegar a conocer su nombre y apellidos. La definición de datos personales refleja este hecho.

(…)

Las autoridades nacionales de protección de datos se han enfrentado a casos en los que el responsable del tratamiento sostenía que sólo se habían tratado informaciones dispersas, sin referencias a nombres u otros identificadores directos, y abogaba porque los datos no se considerasen como personales y no estuvieran sujetos a las normas de protección de los datos. Y, sin embargo, el tratamiento de esa información sólo cobraba sentido si permitía la identificación de individuos concretos y su tratamiento de una manera determinada. En estos casos, en los que la finalidad del tratamiento implica la identificación de personas, puede asumirse que el responsable del tratamiento o cualquier otra persona implicada tiene o puede tener medios que «puedan ser razonablemente utilizados», para identificar al interesado. De hecho, sostener que las personas físicas no son identificables, cuando la finalidad del tratamiento es precisamente identificarlos, sería una contradicción flagrante. Por lo tanto, debe considerarse que la información se refiere a personas físicas identificables y el tratamiento debe estar sujeto a las normas de protección de datos.”

En cuanto a la posibilidad de identificación del interesado, el documento además recuerda lo siguiente:

“Por otra parte, se trata de una prueba dinámica, por lo que debe tenerse en cuenta el grado de avance tecnológico en el momento del tratamiento y su posible desarrollo en el período durante el cual se tratarán los datos. Puede que la identificación no sea factible hoy con el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados en la actualidad. Si lo previsto es que los datos se conserven durante un mes, puede que no sea factible adelantar la identificación para que esté terminada dentro del «período de vida» de la información y, por lo tanto, esa información no debe considerarse como datos personales. Ahora bien, si el período de conservación previsto es de diez años, el responsable del tratamiento debe barajar la posibilidad de que la identificación pueda producirse al cabo de nueve años, con lo que adquiriría en ese momento la categoría de datos personales. Es preciso que el sistema sea capaz de adaptarse a los progresos tecnológicos a medida que éstos se produzcan y que introduzca las medidas técnicas y organizativas apropiadas a su debido tiempo.”

Tras incluir ejemplos como los que acaban de reproducirse dentro del concepto de datos personales, recuerda el dictamen igualmente que *“cuando hablamos de «indirectamente» identificadas o identificables, nos estamos refiriendo en general al fenómeno de las «combinaciones únicas», sean éstas pequeñas o grandes. En los casos en que, a primera vista, los identificadores disponibles no permiten singularizar a una persona determinada, ésta aún puede ser «identificable», porque esa información combinada con otros datos (tanto si el responsable de su tratamiento tiene conocimiento de ellos como si no) permitirá distinguir a esa persona de otras”*.

Partiendo de estos criterios y referido al número de teléfono, el Informe de este Gabinete Jurídico 427/2010 razonaba lo siguiente:

Así de la consulta de directorios telefónicos que permitan la búsqueda a partir de una dirección postal o del propio número, lo que resulta posible en el marco actual regulador de las telecomunicaciones si el interesado hubiera prestado su consentimiento para ello o, en el caso de las denominadas “páginas blancas” incluso sin dicho consentimiento, podría obtenerse información referida al nombre y apellidos del abonado al servicio telefónico.

Es posible que esta asociación no pudiese tener lugar en todos los supuestos, por ejemplo, en caso de que el abonado hubiera ejercido su derecho a no aparecer en las mencionadas guías. Sin embargo, el hecho de que sea posible, con carácter general, llevar a cabo esa identificación ya resulta suficiente para poder considerar que nos encontramos ante datos de carácter personal.

En este sentido, debe recordarse que la Ley Orgánica 15/1999 tiene por objeto la protección de un derecho fundamental: el derecho a la protección de datos de carácter personal, considerado como tal por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. Por este motivo, las excepciones a la aplicación de dicha normativa, entre las que se encontraría la planteada en la consulta, deberán ser objeto de interpretación restrictiva, debiendo prevalecer la interpretación proclive a la protección del derecho fundamental, conforme establece reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Consecuentemente, el número de teléfono ya sea este un número de teléfono fijo o móvil, es un número identificador único (no hay dos iguales) que permite identificar a una persona física. Tanto el supuesto de la asignación de un número de teléfono fijo como de un número teléfono móvil, ya se obtenga éste mediante contrato o mediante tarjeta prepago, dicho número único asignado a la línea vincula a la persona física con el mismo. Y partiendo de la necesidad de interpretar en un sentido amplio el concepto de dato personal, atendiendo a los criterios anteriormente señalados, teniendo en cuenta, además, los avances tecnológicos que facilitan tratamientos masivos de datos, el número de teléfono, incluso sin otra información adicional, debe considerarse como un dato de carácter personal referido a una persona física identificable, al permitir su identificación sin necesidad de realizar un esfuerzo desproporcionado.

Singularmente, dicha afirmación queda reforzada dada la finalidad y medios del tratamiento en el presente caso, ya que a diferencia de los supuestos analizados por la Audiencia Nacional en las sentencias anteriormente citadas, referidas a llamadas automáticas sin intervención humana, en el presente caso hay una intervención humana con fines comerciales en los que lo que se persigue es la venta de bienes o servicios y, por tanto, la identificación de la persona a la que se llama.

Por tanto, considerando que dichos números aleatorios tienen el carácter de dato de carácter personal, al referirse a personas identificables, tampoco podría resultar de aplicación el artículo 6.1.f), ya que la falta de más información respecto a los afectados impediría tener en cuenta en la ponderación sus intereses, derechos y libertades y singularmente, las expectativas de los propios afectados a las que se refiere el Considerando 47 del RGPD,

(47) El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del

interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.

Por consiguiente, a juicio de este Gabinete Jurídico, el cambio legislativo producido por el artículo 66.1.b) de la LGTel excluye la posibilidad de realizar llamadas a números de teléfono generados aleatoriamente, prevaleciendo el derecho a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que se contara con el consentimiento previo del usuario.

Y tal y como señala expresamente el propio texto legal, dicho consentimiento debe haberse obtenido con carácter previo a la propia realización de la llamada, y sin que el mismo se pueda obtener en la misma llamada, ya que en ese caso, teniendo la llamada una finalidad comercial y aun cuando se solicitase el consentimiento antes de exponer el concreto mensaje comercial, se habría realizado un tratamiento de datos personales contrario al artículo 66.1.b) de la LGTel.

IV

Las dudas suscitadas respecto de la realización de la ponderación necesaria para aplicar la base del interés legítimo y las distintas interpretaciones realizadas por los intervinientes en el trámite de audiencia e información pública requieren del establecimiento de criterios adicionales que faciliten su aplicación en aquellos casos en los que los responsables no se limiten al supuesto recogido en el párrafo tercero del artículo 3 de la circular, el cual opera como presunción *iuris tantum*, conforme a la doctrina del Consejo de

Estado recogida en su dictamen 757/2017 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. De este modo, la presunción únicamente operará en los supuestos en los que se cumplan los requisitos contenidos en la misma, y que se corresponden con los contemplados en el artículo 21.2. de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al existir identidad de razón. La ausencia de alguno de los requisitos señalados impedirá que opere la citada presunción.

Para estos supuestos, la circular introduce una serie de criterios en los siguientes términos:

No se presumirá en el marco de esta ponderación, salvo prueba en contrario, la existencia de expectativa razonable de los interesados en aquellos casos en los que no exista relación contractual vigente, solicitud o interacción previa y realizada durante el último año por parte del interesado con el responsable que pretenda realizar la acción comercial, particularmente cuanto este tratamiento suponga una pérdida de control del interesado sobre sus datos.

Estos criterios objetivos, que atienden a la propia configuración del derecho fundamental a la protección de datos personales como un poder de control y disposición del interesado sobre sus propios datos personales, así como al criterio general previsto para la aplicación del interés legítimo que requiere atender a las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable, conforme al Considerando 47 del RGPD anteriormente transcrito, facilitan la realización de dicha ponderación, impidiendo una interpretación excesivamente amplia que frustre la finalidad de la reforma de la LGTel y contribuyendo a dar seguridad jurídica, siendo conformes con las previsiones de ambas normas.

V

Otra de las cuestiones que se han suscitado en el trámite de audiencia e información pública ha sido la referida a la posibilidad de admitir una presunción de interés legítimo en la obtención y uso de los datos extraídos de guías de abonados y fuentes análogas para finalidades compatibles, como guías, registros o catálogos profesionales.

A los presentes efectos, la LGTel regula el tratamiento de datos personales referidos a las guías de abonados con la finalidad principal de elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de información sobre ellos, reconociendo una serie de derechos a los usuarios en su artículo 66.3:

- a) a figurar en las guías de abonados y a que sus datos sean usados para la prestación de los servicios de información sobre números de abonado;
- b) a ser informados gratuitamente de la inclusión de sus datos en las guías y en los servicios de información sobre números de abonado, así como de la finalidad de las mismas, con carácter previo a dicha inclusión;
- c) a no figurar en las guías o a solicitar la omisión de algunos de sus datos, en la medida en que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía que haya estipulado su proveedor o para la finalidad de los servicios de información sobre números de abonados que se presenten en el mercado.

Este precepto encuentra su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, vigente en cuanto no se oponga a la LGTel, conforme a su disposición transitoria primera (*Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones o de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo*).

En particular, su artículo 67 regula la inclusión en dichas guías en los siguientes términos:

Artículo 67. Guías de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

1. Los sujetos obligados deberán informar gratuitamente a sus abonados antes de incluir o facilitar sus datos a otra entidad con destino a su inclusión en cualquier tipo de guía de abonados, impresa o electrónica, disponible al público o accesible a través de servicios de información o de consulta sobre ella, de la finalidad de dicha guía, así como de cualquier otra posibilidad de uso basada en funciones de búsqueda incorporadas en sus versiones electrónicas. Dicha información a los abonados deberá producirse al menos con un mes de antelación a que los datos sean incluidos o facilitados a otra entidad para su inclusión, y se les deberá solicitar su consentimiento, en los términos establecidos en los apartados siguientes.

*2. Para que los datos correspondientes a un abonado a los que se refiere el artículo 30.4 sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, **será preciso el consentimiento expreso de dicho abonado**. A estos*

efectos, se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicite su consentimiento para la inclusión de tales datos, con indicación expresa de cuáles serán estos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación. También se producirá cuando este se dirija por escrito a su operador solicitándole que sus datos figuren en la guía.

Si el abonado no hubiese dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente sus datos.

Una vez otorgado el consentimiento conforme al párrafo anterior, para las sucesivas inclusiones de dichos datos en la guía o su entrega a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, bastará con que, en el plazo de un mes, en la comunicación en la que se solicita el consentimiento, el abonado no se oponga expresamente a dicha inclusión.

3. La inclusión en una guía, impresa o electrónica, de cualquier dato distinto de los previstos en el artículo 30.4 exigirá el consentimiento expreso del abonado para ello, tanto la primera vez como las sucesivas inclusiones.

A estos efectos, se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando este se dirija por escrito a quien elabora la guía o a quien facilita sus datos personales a otra entidad con esa finalidad y le solicite que amplíe sus datos personales que figuran en la guía. También se producirá cuando quien elabora la guía o a quien facilita sus datos personales a otra entidad con esa finalidad solicite al abonado su consentimiento para la inclusión de tales datos, indicando expresamente cuáles serán estos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación.

Si el abonado no hubiese dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente otros datos que no sean los que se establecen en el párrafo primero de este apartado.

4. Los abonados tendrán derecho a que sus datos que aparezcan en la guía no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial y a que así conste de forma clara en la guía. Del mismo modo tendrán derecho a que se omita parcialmente su dirección o algún otro dato, en los términos que haya estipulado su proveedor. Asimismo, podrán ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

El ejercicio de los derechos a los que se refiere este apartado no deberá implicar ingreso alguno para el sujeto obligado.

Los abonados que hayan ejercido su derecho a no figurar en las guías tendrán derecho a recibir la información adicional a la que se refiere el párrafo primero del apartado 2 del artículo 71.

5. La guía a la que se refiere el artículo 30 dejará de tener el carácter de fuente accesible al público cuando se publique la siguiente actualización. El resto de guías perderán dicho carácter con la siguiente actualización

o, en su defecto, tras el transcurso del plazo de un año desde su última publicación, con independencia del formato en que se hayan elaborado.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores en relación con las guías de abonados será de aplicación a los datos utilizados para la prestación de servicios de consulta sobre números de abonado.

Consecuentemente, la inclusión en la guía requiere el consentimiento expreso del abonado, habiéndose pronunciado esta Agencia reiteradamente en este sentido, tal y como recuerda el Informe 237/2017, con cita del Informe de 19 de marzo de 2013:

“No obstante, debe tenerse en cuenta que la Orden CTE/711/2002 fue adoptada con anterioridad a la aprobación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, especialmente el 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. Este nuevo marco normativo supuso una reforma del existente a la entrada en vigor de la Orden objeto de reforma por el Proyecto sometido a informe, que en lo que afecta a las cuestiones objeto de la competencia de esta Agencia trajo causa de lo establecido en 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).

El artículo 12 de la Directiva 2002/58/CE, no modificado por la reforma que la misma sufrió como consecuencia de la adopción de la Directiva 2009/136/CE establece el régimen regulador de la protección de datos en relación con las guías de abonados al servicio de comunicaciones electrónicas, estableciendo 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 en el derecho interno español se contiene en los artículos 67 y 68 del Reglamento del Servicio Universal antes citado [RD 424/2005], 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.

Dicha diferenciación se correspondería con la establecida en los apartados tercero y decimocuarto de la Orden CTE/711/2002, si bien con la importante diferencia respecto de dicho régimen que se deriva de lo establecido **en el artículo 67.2 del Reglamento** [aprobado por RD 424/2005], **en que se establece un régimen de consentimiento para la inclusión de los datos de los abonados en las guías, frente al anterior régimen en que únicamente quedarían excluidos de dichas guías quienes lo manifestasen expresamente**, ejerciendo su derecho a no figurar en ellas. Así, el artículo 67.2 del Reglamento dispone lo siguiente:

“Para que los datos correspondientes a un abonado a los que se refiere el artículo 30.4 sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, será preciso el consentimiento **expreso** de dicho abonado. A estos efectos, se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicite su consentimiento para la inclusión de tales datos, con indicación expresa de cuáles serán estos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación. También se producirá cuando este se dirija por escrito a su operador solicitándole que sus datos figuren en la guía.

Si el abonado no hubiese dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente sus datos.

Una vez otorgado el consentimiento conforme al párrafo anterior, para las sucesivas inclusiones de dichos datos en la guía o su entrega a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, bastará con que, en el plazo de un mes, en la comunicación en la que se solicita el consentimiento, el abonado no se oponga expresamente a dicha inclusión.”

En este mismo sentido se pronunció la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de noviembre de 2014, atendiendo asimismo a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y al artículo 67 del Real Decreto 425/2005:

*De la citada normativa específica en materia de telecomunicaciones, a la que hay que estar por la remisión efectuada por el artículo 28.4 de la LOPD , se desprende que si bien las operadoras tienen la obligación de aportar los datos de sus abonados a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) a través de SGDA, **sin embargo esta obligación no es absoluta, teniendo como límite el respeto a la voluntad del titular de los datos.***

Es decir, nos encontramos en virtud de lo expuesto ante la vulneración del artículo 11.1 de la LOPD , y no como pretende la parte actora del artículo 5.4 de dicha norma , estando correctamente tipificada la infracción en el artículo 44.3.K) de la LOPD al estar en un supuesto de cesión de datos personales a un tercero sin consentimiento del titular, por lo que la Agencia tiene la competencia para imponer la sanción correspondiente.

(...)

*Por tanto, a la vista de la prueba practicada correctamente valorada en las resoluciones recurridas, no puede hablarse de vulneración del principio de presunción de inocencia y de ausencia de antijuridicidad, **al resultar acreditado que la entidad recurrente comunicó los datos personales de la afectada vinculados a la línea telefónica de la que era titular, a fin de que fueran publicados en las guías y repertorios de abonados, sin contar con el consentimiento de la afectada**, tal y como se deriva de la grabación de la contratación telefónica, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPD y la normativa específica en materia de telecomunicaciones expuesta, conducta que integra la infracción tipificada en el artículo 44.3.k de la citada Ley*

Por consiguiente, la inclusión de los abonados en las guías está sometida a su previo consentimiento, consentimiento que, conforme a la previsión del Considerando 17 y del artículo 2.f) de la Directiva 2002/58/CE y a partir de la plena aplicación del RGPD, debe cumplir con los requisitos que, para esta base jurídica, se establecen en el mismo, tal y como se ha recogido expresamente en el artículo 66.5. de la nueva LGTel. Dichos requisitos derivan de la definición de «consentimiento del interesado» contenida en su artículo 4.11 como *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Partiendo de que, a diferencia del régimen aplicable bajo la vigencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales, no se admite el consentimiento tácito, implícito o presunto, interesa destacar en este momento el requisito de la especificidad del consentimiento, cuyo cumplimiento supone, conforme al Considerando 32 del RGPD, que “El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos”. De acuerdo con este requisito, cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para distintas actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines o para una pluralidad de fines distintos, será preciso que el responsable proceda a la previa disociación de los mismos y a la obtención del consentimiento para cada uno de ellos, convirtiéndose de este modo dicha granularidad en la garantía de un tratamiento lícito.

A estos efectos, la LGTel contempla como finalidad primigenia del tratamiento la de figurar en las guías de abonados y a que sus datos sean usados para la prestación de los servicios de información sobre números de abonado, así como a no figurar o a solicitar la omisión de alguno de sus datos. Asimismo, establece la obligación del responsable del tratamiento de informar sobre la finalidad de las guías que haya estipulado el proveedor.

Por consiguiente, siendo la base jurídica del tratamiento el consentimiento, si el proveedor de la guía pretende que la misma pueda utilizarse con fines comerciales, debe informarse expresamente de esta finalidad y el abonado debe consentir de forma específica el tratamiento con este fin. Y, al basarse en el consentimiento, no resultan de aplicación los criterios contenidos en el RGPD respecto de la compatibilidad de fines, ya que el artículo 6.4. del propio RGPD prevé su aplicación *“Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado...”*, ya que en estos supuestos la nueva finalidad requerirá de un nuevo consentimiento específico para dicha finalidad.

Por lo tanto, y si bien con anterioridad esta Agencia había admitido el envío comunicaciones publicitarias a las personas que figuran en las guías de abonados al considerarse legalmente una «fuente accesible al público», dicho criterio no puede mantenerse a tras la plena aplicación del RGPD, no solo porque no subsista el concepto legal de “fuentes accesibles al público”, tal y como ha señalado reiteradamente esta Agencia (Informes 136/2018 y 89/2020, entre otros) sino, singularmente, por la prevalencia del consentimiento específico como base jurídica del tratamiento.

En relación con las llamadas comerciales, este requisito se ve, además, reforzado tras la nueva regulación en el artículo 66.1.b) de la nueva LGTel, que pasa, como hemos visto, de establecer un derecho de oposición al reconocimiento de un derecho a no recibir llamadas comerciales, por lo que la referencia contenida en el artículo 69.2, párrafo segundo, del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, a *“los que hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial”* debe entenderse referida a aquellos que no hubieran prestado expresamente su consentimiento para esta finalidad.

En este sentido, la generalidad de cláusulas contenidas en las condiciones generales de contratación relativas a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que están sujetos a obligaciones de servicio público analizadas por este Gabinete Jurídico en los informes preceptivos emitidos conforme a lo previsto en el artículo 11.1. del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas exigen el consentimiento expreso para figurar en las guías y el consentimiento expreso y específico para que los datos de las guías puedan ser tratados con fines comerciales.

Por lo tanto, si no se ha prestado dicho consentimiento, no podrán tratarse con esa finalidad comercial, sin que el tratamiento pueda ampararse en un pretendido interés legítimo que sería no solo contrario a la normativa citada, sino también a las propias expectativas de privacidad del interesado si recibiese publicidad mediante el tratamiento de unos datos personales que no consintió expresamente para este fin.

Consecuentemente, únicamente podrá usarse los datos de las guías de abonados respecto de aquellos usuarios que consintieron expresamente su uso para fines comerciales y así conste en las correspondientes guías.

Por el contrario, tratándose de guías en las que se recojan datos de contacto de personas físicas que presten servicios en personas jurídicas o de empresarios individuales y de profesionales liberales, podrá procederse al tratamiento de sus datos personales en la medida en que se encuentren amparados por la presunción de interés legítimo recogida en el artículo 19 de la

LOPDGDD, al existir esta previsión legal, siempre que se refiera a la oferta de productos y servicios relacionados con la actividad profesional o empresarial y no se trate de entablar relación en cuanto tales personas físicas.

VI

Otra de las cuestiones que ha suscitado dudas en el trámite de audiencia e información pública es la referida a la posibilidad de que las llamadas comerciales puedan referirse a productos y servicios de otras empresas del grupo diferentes a aquellas con las que se mantiene la relación contractual, o incluso que se trate de comunicaciones comerciales cruzadas entre empresas del mismo grupo empresarial que no sean la entidad con la que el consumidor haya suscrito su contrato, encontrándonos, de nuevo, con posturas contradictorias, y citándose como posible fundamento de su legitimidad las previsiones del Código de Conducta de Autocontrol sobre tratamiento de datos en la actividad publicitaria, aprobado por esta Agencia, y cuyo apartado 2.2. establece como presunción de interés legítimo los siguientes supuestos:

b) Cuando la publicidad la remita la entidad adherida a sus clientes y su objeto sean productos o servicios de entidades pertenecientes al grupo empresarial de la entidad adherida similares a los inicialmente contratados, sin que se produzca una comunicación de datos al resto de entidades.

c) Cuando la entidad adherida comunique los datos de sus clientes a entidades pertenecientes a su grupo empresarial, para que estas realicen publicidad de sus productos o servicios, siempre que estos sean similares a los inicialmente contratados por el cliente a la entidad adherida. En este caso, deberá facilitarse al interesado la posibilidad de oponerse en el momento de recogida de sus datos (por ejemplo, marcando una casilla tipo opt-out).

El código aclara en nota a pie de página que “A efectos de definir un grupo empresarial se atenderá al concepto de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio”.

No obstante, no puede apreciarse la pretendida contradicción entre dicho Código y el nuevo régimen instaurado por el artículo 66.1.b) de la nueva LGTel, tal y como el mismo se interpreta en el proyecto de circular, por las siguientes razones:

1.- El ámbito objetivo del proyecto de circular se circunscribe exclusivamente al tratamiento de datos necesario para realizar llamadas telefónicas de comunicación comercial, mientras que el ámbito objetivo del código de

conducta es más amplio, referido al envío de comunicaciones comerciales, sin distinguir modalidad.

2.- En consecuencia, la aplicación del Código hay que entenderlo referida a aquellas modalidades de remisión de publicidad que no sean contrarias a la legislación aplicable, pues se elaboró observando dicha normativa, en concreto lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI que habla de productos o servicios de la propia empresa. Es decir, la presunción de interés legítimo en la remisión de publicidad de productos o servicios del grupo empresarial similares a los contratados o la comunicación de los datos de sus clientes a entidades pertenecientes a su grupo empresarial, para que estas realicen publicidad de sus productos o servicios similares, no sería aplicable a la comunicación comercial por medios electrónicos.

3.- Por otra parte, la presunción de legitimidad que establece el código de conducta no libera de la obligación de ponderar si el interés legítimo prevalece sobre los derechos y libertades de los interesados en cada caso concreto, con lo que dicha presunción no operaría atendiendo al caso específico de tratarse de llamadas comerciales y el nuevo régimen jurídico aplicable a las mismas.

4.- El apartado 8 del Código de Conducta de Autocontrol dispone que su contenido está sujeto al principio de legalidad, por lo que, en caso de contradicción entre el Código y la normativa vigente en cada momento, prevalece lo dispuesto en la normativa vigente.

De este modo, atendiendo a la finalidad pretendida con la reforma introducida en el artículo 66.1.b) de la nueva LGTel, dirigida a proteger en mayor medida los intereses legítimos de los consumidores y usuarios mediante la restricción de las llamadas telefónicas no solicitadas por el consumidor (Enmienda 211), el ámbito de la presunción *iuris tantum* establecida en la circular debe quedar limitado a los productos y servicios de la propia empresa con la que se mantiene la vinculación, sin que se entiendan incluidos en dicha presunción los de otras empresas del mismo grupo, de manera análoga a lo establecido por el artículo 21.2. de la LSSI. Todo ello sin perjuicio de que por otros medios que puedan resultar menos invasivos, como el correo postal, se pueda seguir aplicando la presunción del código de conducta.

Sin perjuicio de lo anterior, mayores problemas jurídicos plantea la presunción de interés legítimo referida a la comunicación de los datos personales a otras empresas del grupo para que puedan ellas realizar las llamadas comerciales ofreciendo sus propios productos o servicios similares. En estos supuestos, aún cuando un grupo empresarial se entiende, conforme al artículo 4.19) del RPDG como *“grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas”*, resultando que *“Una empresa que controle el tratamiento de los datos personales en las empresas que estén afiliadas debe considerarse, junto con dichas empresas, «grupo empresarial»*”, conforme al Considerando 37 del RPDG, lo cierto es que cada empresa que

conforma el grupo tiene personalidad jurídica propia y define los fines y los medios del tratamiento, siendo responsable de cada uno de los tratamientos que realiza con sus propias finalidades y particularidades, que lo diferencian de los demás.

Por consiguiente, al tratarse de una comunicación de datos personales entre diferentes responsables, el consentimiento ha de ser la base jurídica que habilite la cesión de datos entre empresas del grupo, de las que además el interesado puede ser cliente sólo de una de ellas, dado que permite garantizar con toda la amplitud debida el control de sus datos personales por el interesado, siendo a tales efectos conocedor de a quién se ceden y con qué propósito, previa prestación del consentimiento.

El interés legítimo como base jurídica habilitante para tal tratamiento, en el marco de una ponderación genérica de los intereses, derechos y libertades de los interesados, rebajaría las garantías que el RGPD otorga a los interesados en relación con sus derechos y libertades, mermando la capacidad de decisión y control sobre los datos personales, además de la repercusión en los derechos de los interesados y sus expectativas razonables sobre qué sucederá con sus datos.

En este sentido, el Considerando 48 del RGPD dispone que “Los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados. Los principios generales aplicables a la transmisión de datos personales, dentro de un grupo empresarial, a una empresa situada en un país tercero no se ven afectados”. Sin embargo, el mismo no contiene dicha presunción a efectos de mercadotecnia, a la cual se ha referido previamente en su Considerando 47.

Por consiguiente, se precisa el consentimiento específico del afectado para ceder sus datos personales, en concreto el número de teléfono, entre diferentes empresas del grupo con fines comerciales, tal y como se recoge en el proyecto de circular.

Asimismo, teniendo en cuenta el nuevo régimen legal, debería procederse a la modificación del Código de Conducta de Autocontrol.

VII

La observación realizada en el trámite de audiencia e información pública referida a la aplicación de la relación contractual como base legitimadora para la realización de las llamadas comerciales no deseadas debe rechazarse, el no ser conforme con el RGPD, que se refiere a la misma en el artículo 6.1.b) cuando *el tratamiento es necesario para la ejecución de un*

contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales, debiendo interpretarse la necesidad de forma restrictiva, tal y como recuerdan las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 del Comité Europeo de Protección de Datos:

30. De acuerdo con el Dictamen 06/2014 del GT29, la expresión «necesario para la ejecución de un contrato» debe ser interpretada de manera estricta. El tratamiento debe ser necesario para cumplir el contrato con cada interesado. Esto puede incluir, por ejemplo, el tratamiento de la dirección del interesado con el fin de que puedan entregarse productos adquiridos en línea, o el tratamiento de los datos de la tarjeta de crédito para facilitar el pago. En el contexto laboral, este principio permitiría, por ejemplo, el tratamiento de la información sobre el salario y los datos de la cuenta bancaria para que pueda abonarse el sueldo²³. Debe existir un vínculo directo y objetivo entre el tratamiento de los datos y la finalidad de la ejecución del contrato

De este modo, tal y como viene señalando de manera reiterada esta Agencia en los informes preceptivos de telecomunicaciones a los que ya se ha hecho referencia (por todos, el Informe 390/2010):

En cuanto a las finalidades relacionadas con la relación contractual, a las que se refieren ambas modalidades contractuales, debe reiterarse el criterio ya sostenido por esta Agencia en relación con los términos “ampliación” y “mejora” del servicio, en el sentido de que no será posible en ningún caso considerar incluidos bajo dicha denominación tratamientos de datos con fines de publicidad o prospección comercial, debiendo efectuarse una interpretación restrictiva de las mencionadas expresiones.

VII

Para concluir el presente informe debe hacerse referencia o otras garantías específicas que se han incluido en el nuevo artículo 6 del proyecto de circular, referidas al deber de informar y a la forma de retirar el consentimiento o ejercer el derecho de oposición, incluida la obligación de grabar las llamadas.

Sin perjuicio de que algunas de ellas ya estén previstas en la legislación general sobre consumidores y usuarios, como es la referida a la obligación de identificación de la entidad que realiza la llamada y, en su caso, de por cuenta de quién actúa (artículo 96 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) su inclusión en la circular, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, contribuye a reforzar los principios de lealtad y transparencia del tratamiento (artículo 5.1.a) del RGPD) y

como garantía específica para identificar la base jurídica en la que se ampara la llamada, al tiempo que facilita el ejercicio de los derechos de los afectados como el derecho de acceso, el de oposición, el de supresión o el de revocación del consentimiento.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que la retirada del consentimiento puede realizarse en *cualquier momento* (artículo 7.3. del RGPD) y que el ejercicio del derecho de oposición en el caso de la mercadotecnia directa (artículo 21.2. del RGPD) puede ejercerse en *todo momento* (artículo 21.2. del RGPD) se considera adecuada la obligación de informar en cada llamada sobre la posibilidad de revocar el consentimiento o ejercer el derecho de oposición a recibir llamadas comerciales no deseadas, así como que cualquier manifestación inequívoca del usuario contraria a la recepción de dichas llamadas se entienda como revocación del consentimiento o, en su caso, ejercicio del derecho de oposición, teniendo en cuenta el deber del responsable de arbitrar fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos (Artículo 12.2. y Considerando 59 del RGPD) y la finalidad pretendida por la reforma.

Por último, la grabación de las llamadas resulta imprescindible conforme al principio de responsabilidad proactiva como forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente circular, así como para facilitar al usuario final el ejercicio de su derecho de acceso a sus datos personales, que incluye *“el derecho a obtener a obtener una reproducción auténtica de sus datos personales, entendidos en un sentido amplio, que sean objeto de operaciones que deben calificarse de tratamiento por parte del responsable de ese tratamiento”*, tal y como recoge la sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2023 (asunto C-487/21, apartado 28).