



I

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

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el régimen vigente en materia de protección de datos de carácter personal ha sido objeto de una profunda reforma como consecuencia de la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). El Reglamento, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, será plenamente aplicable, conforme a su artículo 99.2 a partir del 25 de mayo de 2018, siendo así la norma a tener en cuenta en materia de protección de datos en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión y el efecto directo de los Reglamentos. Por ello, el presente informe analizará el Proyecto sometido a informe a la luz del Reglamento, dado que será la norma previsiblemente aplicable en el momento de su aprobación final.

II

Dicho lo anterior, el Proyecto sometido a informe tiene por objeto, conforme a su artículo 1, el desarrollo de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo que se refiere a “las condiciones bajo las cuales las entidades que ostentan títulos habilitantes para desarrollar actividades de juego incluidas en el ámbito de aplicación de la citada Ley pueden desarrollar actividades de publicidad, patrocinio, promoción o cualquier otra forma de comunicación comercial de su actividad” y “las políticas de juego responsable y de protección de los consumidores”; es decir, el Proyecto tiene por finalidad el desarrollo de lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 13/2011, reguladores de las dos materias anteriormente definidas.



Por este motivo, la estructura del Proyecto, aparte de su título preliminar, se distingue en dos Títulos claramente delimitados, siendo el Título II desarrollo de las previsiones del artículo 7 de la Ley y el Título III desarrollo de su artículo 8.

Entrando ya en las previsiones del Título II, se establece el régimen de las comunicaciones comerciales de las actividades de juego, partiéndose del principio, consagrado por el artículo 5.1 de que “las comunicaciones comerciales se registrarán por lo dispuesto en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, en el presente real decreto y en el resto de la normativa de desarrollo de la citada Ley. Igualmente, les será de aplicación la normativa general vigente en materia de publicidad, defensa de consumidores y usuarios y de prácticas comerciales desleales, la normativa sectorial aplicable según el medio o soporte de difusión empleado y, en particular, la que regula los servicios de comunicación audiovisual y los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 7.2 a) de la Ley 13/2011 dispone que “Reglamentariamente se establecerán las condiciones que se incluirán en los respectivos títulos habilitantes de la autorización de la actividad publicitaria y sus límites y, en particular, respecto a (...) El envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación electrónica equivalente, que sólo será posible si ha sido previamente autorizado por su destinatario, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”.

Por otra parte, la actividad de los operadores de juego se encontrará sometida a lo dispuesto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, debiendo así garantizarse los derechos de los afectados, tengan o no la condición de usuarios, con carácter general y, en particular, en lo que respecta a la recepción de comunicaciones comerciales a través de cualquier canal por cualquier medio.

Por ello **sería conveniente añadir un último inciso al artículo 5.1 del proyecto que añadiera a la normativa mencionada que el envío de las comunicaciones se realizará “en todo caso con pleno respeto a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal”.**

Precisamente el artículo 14 establece las reglas específicas aplicables a las comunicaciones llevadas a cabo a través de los distintos canales de comunicación, si bien se refiere únicamente a las que se lleven a cabo a través de servicios de comunicación audiovisual o a través de servicios de la sociedad de la información.



En cuanto a éstas últimas, se señala en el artículo 14.3 a) que “Los operadores de juego que comercialicen juegos cuya participación se sujete a un registro de usuario previo no podrán remitir ningún tipo de comunicación comercial por correo electrónico o medio equivalente dirigida a usuarios registrados cuya inscripción en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego se ponga de manifiesto al operador por la autoridad encargada de la regulación del juego o que hayan ejercitado su facultad de autoexclusión previamente a los dos días anteriores a la citada remisión de la comunicación comercial”.

Lógicamente, esta regla limitativa debe considerarse añadida a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 34/2002, a la que se remite el artículo 7.2 a) de la Ley 13/2011.

A su vez, debe recordarse que ya el Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999 regulaba en su artículo 49 los denominados ficheros de exclusión publicitaria, estableciendo en su apartado 4 que “quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento”.

Quiere ello decir que la realización de comunicaciones comerciales, ya sea a través de servicios de la sociedad de la información ya sea a través de medios distintos de dichos servicios y de los sistemas de comunicación audiovisual no debería en ningún caso llevarse a cabo a quienes hayan solicitado su incorporación a los sistemas de exclusión a los que se acaba de hacer referencia, a menos que el operador contase con el consentimiento específico del usuario para que puedan remitírsele las citadas comunicaciones comerciales.

En este sentido, debe igualmente tenerse en cuenta que se encuentra en tramitación por las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, que tiene por objeto adecuar el derecho español al Reglamento General de Protección de Datos. Dicho Proyecto se refiere en su artículo 23 a los sistemas de exclusión publicitaria, señalando lo siguiente:

“1. Será lícito el tratamiento de datos de carácter personal que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas.

A tal efecto, podrán crearse sistemas de información, generales o sectoriales, en los que sólo se incluirán los datos imprescindibles para identificar a los afectados. Estos sistemas también podrán incluir



servicios de preferencia, mediante los cuales los afectados limiten la recepción de comunicaciones comerciales a las procedentes de determinadas empresas.

2. Las entidades responsables de los sistemas de exclusión publicitaria comunicarán a la Agencia Española de Protección de Datos su creación, su carácter general o sectorial, así como el modo en que los afectados pueden incorporarse a los mismos y, en su caso, hacer valer sus preferencias.

La Agencia Española de Protección de Datos hará pública una relación de los sistemas de esta naturaleza que le fueran comunicados, incorporando la información mencionada en el párrafo anterior.

3. Cuando un afectado manifieste a un responsable su deseo de que sus datos no sean tratados para la remisión de comunicaciones comerciales, éste deberá informarle de los sistemas de exclusión publicitaria existentes, pudiendo remitirse a la información publicada por la Agencia Española de Protección de Datos.

4. Quienes pretendan realizar comunicaciones comerciales, deberán previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación, excluyendo del tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa al mismo. A estos efectos, para considerar cumplida la obligación anterior será suficiente la consulta de los sistemas de exclusión publicitaria incluidos en la relación publicada por la Agencia Española de Protección de Datos."

Pues bien, de lo que ha venido indicándose se desprenden dos consecuencias importantes en el Proyecto ahora sometido a informe:

- Por una parte, sería preciso recordar que el envío de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos sólo sería posible con el consentimiento del interesado, tal y como prescribe el artículo 21 de la Ley 34/2002 y recuerda el artículo 7.2 a) de la Ley 13/2011.
- Por otra, en todo tipo de comunicaciones comerciales dirigidas a un usuario concreto deberá, con carácter previo a su realización, comprobarse si tal usuario figura inscrito en los sistemas de exclusión publicitaria, a fin de no llevar a cabo la comunicación, a través de ningún canal, en caso de encontrarse en los mismos, salvo que el operador concreto cuente específicamente con el consentimiento del destinatario para que la comunicación tenga lugar.



Por ello, **procedería completar el artículo 14 del Proyecto sometido a informe, indicando como requisito en el apartado 3 la necesidad de contar con el consentimiento del afectado en los términos previstos en la Ley 34/2002 y añadiendo un apartado 4 aplicable a todos los canales personalizados de comunicación en que se prevea la necesidad de que los operadores antes de realizar la comunicación consulten los sistemas de exclusión publicitaria y se abstengan de dirigir la misma a quienes figuren en ellos, salvo que contasen con el consentimiento específico del destinatario.**

III

Dentro de las disposiciones referidas a las políticas de juego responsable y protección de los usuarios, el artículo 24 se refiere, al regular los mecanismos de sensibilización al deber de colaboración de los operadores con la administración en la sensibilización y promoción del juego responsable, disponiendo que “A los efectos de promover o abordar estudios estadísticos en materia de juego responsable y patrones de juego, la autoridad encargada de la regulación del juego podrá requerir la colaboración del operador para comunicar a los usuarios registrados la existencia de cuestionarios sobre su experiencia y hábitos de juego, así como para facilitar el acceso a los mismos. La contestación por parte del jugador será en todo caso voluntaria y anónima, sin perjuicio de la posibilidad de sujetar a identificación el acceso a los cuestionarios con el fin de preservar la integridad de los datos obtenidos”.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 21.13 de la Ley 13/2011 atribuye a la Comisión nacional del Juego, cuyas competencias son desarrolladas por la Dirección general de Ordenación del Juego, la función de “promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de juego, así como sobre su incidencia o impacto en la sociedad”, debiendo además, conforme al artículo 21.9 “asegurar que los intereses de los participantes y de los grupos vulnerables sean protegidos, así como el cumplimiento de las leyes, reglamentaciones y principios que los regulan, para defender el orden público y evitar el juego no autorizado”.

Quiere ello decir que la realización de los estudios a los que se refiere el precepto encontraría su amparo en las competencias que acaban de reproducirse, por lo que la colaboración requerida se encuentra amparada en la normativa reguladora del juego.

Ahora bien, el precepto indica que la contestación por los jugadores de los cuestionarios a los que se refiere el precepto será “voluntaria y anónima”, si bien será posible reidentificar a quienes respondan el cuestionario con el fin de preservar su integridad de los datos obtenidos; es decir, de las respuestas dadas por los jugadores.



En relación con este punto, debe partirse del principio de minimización, contenido en el artículo 5.1 c) del Reglamento general de Protección de Datos, según el cual los datos serán “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”.

En este sentido, la previsión incluida en el último inciso impediría que se pudiera llevar a cabo una auténtica anonimización de los datos referidos a las personas que hubieran contestado a los cuestionarios, toda vez que no puede existir una plena anonimización cuando la propia norma que prevé que las encuestas se respondan de forma anónima establece igualmente que será posible la reidentificación de los sujetos que las respondan.

Teniendo en cuenta el principio de anonimato que consagra el propio precepto así como el de minimización de los datos, que debería impedir una posible reidentificación de los afectados, **debería a nuestro juicio modificarse el último inciso del artículo 24 del Proyecto sometido a informe, suprimiendo la expresión “sin perjuicio de la posibilidad de sujetar a identificación el acceso a los cuestionarios con el fin de preservar la integridad de los datos obtenidos” y añadiendo un nuevo inciso al precepto en que se señalase que “Los operadores deberán adoptar las medidas técnicas y organizativas que garanticen la integridad de las respuestas facilitadas por los usuarios a los cuestionarios”.**

IV

Debe finalmente analizarse lo previsto en el artículo 26 del Proyecto objeto del presente informe, según el cual “Los operadores deberán establecer mecanismos y protocolos que permitan detectar los comportamientos de riesgo de los usuarios registrados”. Para ello, añade el precepto, se tendrán en cuenta “criterios o indicadores objetivos que revelen patrones de actividad como, por ejemplo, el volumen, la frecuencia y la variabilidad de las participaciones o los depósitos, sin perjuicio de otros elementos cuantitativos o cualitativos que puedan asimismo resultar relevantes de acuerdo con la mecánica de los distintos juegos o con la experiencia del operador”.

El apartado 2 señala que “detectado un usuario que pueda estar desarrollando un comportamiento de riesgo, y sin perjuicio de otras posibles medidas adoptadas en el marco de su responsabilidad social corporativa y que deberán estar contempladas en un protocolo de actuación, el operador se lo comunicará por correo electrónico o medio equivalente. El mensaje contendrá información relativa a las participaciones y gasto del jugador en el período reciente que determine el operador y a la posible existencia en su caso de cambios en los patrones de conducta de juego o de gasto del jugador, así como las recomendaciones de, como mínimo, acceder a la zona de juego



responsable, cumplimentar el test de autoevaluación y consultar las herramientas de control de actividad de juego y gasto existentes.

Finalmente, en lo que afecta a este informe, prevé el apartado 3 que “antes del 31 de enero de cada año, el operador deberá comunicar a la autoridad encargada de la regulación del juego la versión actualizada de la descripción básica de los mecanismos y protocolos implementados que permitan detectar los comportamientos de riesgo, el protocolo de actuación en el caso de detección de dichos comportamientos, el número total de usuarios con comportamiento de riesgo detectados durante el año anterior con arreglo a los mecanismos establecidos, así como de las acciones realizadas y el seguimiento y efecto de las mismas”, sin perjuicio de que, tal y como prevé el apartado 4 “la autoridad encargada de la regulación del juego podrá desarrollar, mediante resolución, los concretos mecanismos a que sujetar la detección de comportamientos de riesgo, así como el contenido de los protocolos que los operadores y, en su caso, la propia autoridad deban adoptar hacia los usuarios, una vez detectados tales comportamientos”.

Como punto de partida, debe recordarse que el artículo 8.1 de la Ley 13/2011 dispone que “los operadores de juego deberán elaborar un plan de medidas en relación con la mitigación de los posibles efectos perjudiciales que pueda producir el juego sobre las personas e incorporarán las reglas básicas de política del juego responsable”, incluyéndose en su apartado a) como uno de sus objetivos, por lo que se refiere a la protección de los consumidores, “prestar la debida atención a los grupos en riesgo”.

Quiere ello decir que los tratamientos necesarios para el cumplimiento de lo establecido en el precepto que acaba de reproducirse y que deberán llevar a cabo los operadores de juego se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 6.1 c) del Reglamento general de Protección de Datos, que establece que será lícito el tratamiento de datos de carácter personal “es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”.

Ahora bien, de lo establecido en el artículo 26 se desprende que los operadores deberán desarrollar sistemas que permitan la detección de patrones para la identificación de usuarios en situación de riesgo, basados en distintos parámetros, de los que el Proyecto únicamente cita algunos ejemplos. Lógicamente, para la detección del colectivo en dicha situación, los operadores habrán de aplicar el protocolo a la totalidad de sus usuarios, a fin de conocer a quiénes dirigir las comunicaciones a las que se refiere el artículo 26.2 del Proyecto.

De este modo, el tratamiento previsto en el artículo 26.1 puede implicar el uso masivo de datos para la detección de los factores que permiten efectuar correlaciones con las situaciones de riesgo a prevenir, lo que puede implicar el



uso de técnicas de “big data” que además serían aplicadas, como se ha dicho, sobre la totalidad del colectivo de jugadores. De este modo, el tratamiento masivo podría igualmente generar otro tipo de perfiles que podrían ser utilizados por el operador para fines distintos de los establecidos en el artículo 26 del Proyecto en relación con el artículo 8 de la Ley 13/2011.

El artículo 5.1 b) del Reglamento general de Protección de Datos establece que los datos deberán ser “recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales”.

El uso de los datos obtenidos del tratamiento masivo de datos para la prevención de situaciones de riesgo para finalidades encaminadas a la promoción de la actividad del operador, incluso no sólo desde el punto de vista comercial, debe ser de este modo considerado un fin no compatible con el que justifica el tratamiento, basado en la obligación legal prevista en el artículo 8.1 de la Ley 13/2011. A tal efecto, no puede considerarse que exista un vínculo entre la obligación citada y la elaboración generalizada de perfiles para fines distintos que pueda ser considerado una “expectativa razonable” a los efectos que se desprenden del citado artículo 5.1 b).

Por este motivo, **se considera necesario que el Proyecto sometido a informe prevea expresamente que el tratamiento de los datos personales de los usuarios que resulte de la aplicación de los protocolos mencionados en el artículo 26.1 únicamente podrá tener por finalidad la detección de los colectivos en situación de riesgo, no pudiendo aplicarse los patrones utilizados por el cumplimiento de dichos protocolos para finalidades distintas.**

V

Por último, el Proyecto prevé en su artículo 26.3 que se comunicarán al órgano competente en materia de regulación del juego los datos referidos al número total de usuarios con comportamiento de riesgo que hubieran sido detectados con arreglo a los mecanismos citados en el apartado 1.

La transmisión agregada de los citados datos no supondría una cesión de datos de carácter personal, siendo preciso poner de manifiesto en este punto que la Ley 13/2011 no otorga en su artículo 21 al órgano competente para la regulación del juego competencias para el tratamiento de los datos identificativos de dichos colectivos salvo que el acceso se llevase a cabo en el marco de las competencias de investigación que le otorga el artículo 24 de la



Ley, cuyo apartado 1 prevé que “Al objeto de garantizar lo dispuesto en esta Ley y en las disposiciones que la complementen, corresponderá a la Comisión Nacional del Juego la auditoría, vigilancia, inspección y control de todos los aspectos y estándares administrativos, económicos, procedimentales, técnicos, informáticos, telemáticos y de documentación, relativos al desarrollo de las actividades previstas en esta Ley”, añadiendo el párrafo segundo del artículo 24.3 que “la Comisión Nacional del Juego tendrá acceso a los datos de carácter personal recogidos en la cuenta de usuario de los participantes, respetando en todo momento lo dispuesto por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos y su normativa de desarrollo”.

En los citados supuestos, el acceso a los datos de quienes se encuentren en situación de riesgo, a fin, por ejemplo, de auditar la implantación de los mecanismos y protocolos previstos en el artículo 26.1 del Proyecto sería posible siempre y cuando se produzca en el ámbito de las actuaciones de inspección mencionadas y no como consecuencia de una posible comunicación masiva de los datos, al no existir base legal alguna que permitiera el tratamiento de dicha información por parte de la autoridad reguladora.