

0061/2021

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en relación con el artículo 57.1, letra c), 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, RGPD), y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, cúmpleme informarle lo siguiente:

I

Dentro del art. 4 del Anteproyecto de ley (en adelante, APL), denominado “Dignidad humana”, su apartado 3 tiene la siguiente redacción:

3. La comunicación audiovisual respetará el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizará los derechos de rectificación y réplica, en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho a la rectificación y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Como puede observarse, al referirse a la normativa de protección de datos el precepto parece incluirla únicamente como un instrumento para el ejercicio de los derechos de rectificación y réplica al servicio de la protección del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Dicha consideración es incorrecta, o cuando menos, incompleta, porque como se ha ocupado de precisar el Tribunal Constitucional (TC), y en el ámbito europeo el Tribunal de Justicia de la Unión europea (TJUE), el derecho fundamental a la protección de datos constituye un derecho autónomo, distinto del derecho fundamental a la intimidad. Así, por ejemplo, la STC 76/2019, de 22 de mayo, con cita de otras, entre ellas la fundamental STC 292/2000, de 30 de septiembre, dice:

b) El art. 18.4 CE no solo “consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona” (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; 96/2012, FJ 6, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7), sino también, como se desprende de su último inciso (“para garantizar [...] el pleno ejercicio de sus derechos”), un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, “un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos” (STC 292/2000, de 30 de septiembre, FJ 5). Así, hemos afirmado el carácter instrumental del derecho fundamental reconocido en el art. 18.4 CE para la garantía de la libertad sindical (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; 60/1998, de 16 de marzo, FJ 1; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2; y 126/1998, de 15 de junio, FJ 2), y así también debemos entenderlo, desde luego, con respecto a la libertad ideológica.

En concreto en este apartado 3 debería en primer lugar completarse la referencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), -pues esta norma es tan sólo la adaptación al derecho español de parte de los preceptos de la norma que regula el derecho a la protección de los datos personales-, con la referencia al 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, RGPD), y que es la que contiene la normativa fundamental de protección de datos personales. Esta circunstancia (la necesidad de completar la referencia de la LOPDGDD con el RGPD) se repite a lo largo del articulado del APL -por ejemplo, en el art. 39, art. 92.6, o el 139.3-.

En segundo lugar, el precepto debe ser igualmente completado, dado que se refiere a derechos fundamentales (intimidad, honor, propia imagen), con la referencia a la necesidad de cumplir y respetar igualmente el derecho fundamental a la protección de datos personales, pues la actividad de comunicación audiovisual se basa, en gran medida (por no decir exclusivamente), en la utilización (tratamientos) de datos personales de personas físicas (imagen, voz, opiniones, etc.), y por lo tanto, está sometida a la normativa de protección de datos personales en sus tratamientos de datos.

Engarzando con lo anterior, el art. 85.2 del RGPD establece que en el caso de que sean necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información, para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), IV (responsable y encargado del tratamiento), V (transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales), VI (autoridades

de control independientes), VII (cooperación y coherencia) y IX (disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento de datos), y estas disposiciones habrán de ser notificadas a la Comisión (art. 85.3 RGPD). En España existe una abundante jurisprudencia, (constitucional, por ejemplo, STC 58/2018, de 4 de junio, y de los tribunales ordinarios, -por ejemplo, STS 2344/2016, de 2 de noviembre de 2016, Rec. 2538/2015; o la STS 12/2019, de 11 de enero de 2019, Rec. 5579/2017, o sentencia de la Audiencia Nacional, SAN, de 21 de julio de 2021, Rec. 217/2021, a su vez con abundante cita de jurisprudencia- que aplican y ponderan de manera habitual de acuerdo con las circunstancias del caso los dos derechos fundamentales mencionados: la protección de datos personales, y la libertad de expresión e información, por lo que no se ha considerado necesario establecer una regulación legal restrictiva de cualesquiera de ambos derechos.

Por ello, se sugiere que el apartado 3 del art. 4 quede con la siguiente redacción:

*3. La comunicación audiovisual respetará el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizará los derechos de rectificación y réplica, en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho a la rectificación. **Asimismo, los tratamientos de datos personales que se lleven a cabo en el ejercicio de la comunicación audiovisual estarán sujetos al 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), a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y demás normativa protectora del derecho fundamental a la protección de los datos personales.***

II

El art. 38 del APL establece un Registro Estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual. Su apartado 1 se limita a determinar quiénes han de inscribirse en el mismo (en general, prestadores del servicio de comunicación audiovisual), y el apartado 3 remite al reglamento para su “organización y funcionamiento”. No contiene una mayor precisión acerca de qué datos, personales o no, han de constar en dicho registro. Sin embargo, la Disposición Derogatoria Única, apartado 2, letra a) establece que queda derogada la Resolución de 21 de junio de 2010, de la Comisión del

Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Resolución de 10 de junio de 2010, por la que se constituye el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual (ver BOE 12 de agosto de 2010). Es en dicha Resolución (ver su Anexo I), de inferior rango administrativo, donde se contiene los datos que han de constar de los prestadores en el Registro, entre los que se encuentran datos personales, cuando se refieran a personas físicas: 1. Nombre y apellidos y su nacionalidad. 2. Los datos relativos a la inscripción en el Registro correspondiente, en su caso. 3. Su número de identificación fiscal. 4. El nombre y demás datos personales del representante legal, en su caso. 5. Domicilio en España a efectos de notificaciones. 6. Persona responsable a efectos de notificaciones en España. 7. Domicilio social, en su caso, y 8. Nombre y apellidos o, en su caso, denominación o razón social, incluyendo el número de identificación fiscal, de los titulares de participaciones significativas en el capital social, con indicación de los porcentajes correspondientes, tanto directa como indirectamente.

El Tribunal Constitucional, en su STC 76/2019, de 22 de mayo, tras citar, entre otras, a su anterior STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala:

- En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:

Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad

jurídica”, esto es, “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, “no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites” (STC 292/2000, FJ 15).

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270] , F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 6).”

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de

que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

65 Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice: Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos,

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a

un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada).

Esta AEPD, //a la vista del texto del APL (art. 38) considera que es la norma con rango de ley que autoriza dicha intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos personales de los afectados (esto es, la inscripción de determinados datos personales en un Registro) la que ha de determinar, como regulación básica, los datos personales que habrán de constar en dicho Registro estatal, sin poder deferir dicha circunstancia a un reglamento bajo la fórmula de que este desarrollará la “organización y funcionamiento” del Registro, pues una cosa, desde la perspectiva de la normativa de protección de datos personales, es la “organización y funcionamiento del Registro” y otra es que el sea el propio reglamento el que determine qué datos personales han de hacerse constar en el Registro, circunstancia esta que sería contraria al art. 18.4 de la Constitución, tal y como desde la ya citada STC 292/2000 se ocupó de proclamar nuestro TC (FJ 14):

(...) Al respecto, ya hemos dicho [STC 127/1994, FJ 5, con remisión a la STC 83/1984, FJ 4, y 99/1987, FJ 3 a)] que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. De tal modo que esa remisión no conlleve una renuncia del legislador a su facultad para establecer los límites a los derechos fundamentales, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir, pues, en tal caso, el legislador no haría sino "deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado" (STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4, recogiendo la expresión de la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14).

La remisión a la regulación reglamentaria de materia ligada a la reservada a la Ley es preciso, pues, que se formule en condiciones tales que no contraría materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, "ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley". Es en este segundo plano en el que se encuentra el núcleo argumental del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo que es acogido en esta Sentencia, el cual considera que al

establecer el art. 21.4 LOPD que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, que como se ha dicho ya, defrauda la previsión del art. 53.1 de la Constitución (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 3).

Así pues, consideramos que es la propia ley que establece la intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos personales (al establecer un Registro en el que se harán constar datos personales) la que ha de establecer cuáles han de ser los datos personales que han de hacerse constar en dicho Registro, no pudiendo deferir dicha decisión a un Reglamento. Por ello se sugiere que dicho artículo 38 del APL se complete con la mención de los datos personales necesarios que hayan de hacerse constar en el Registro.

Se recuerda por último que “datos personales”, de acuerdo con el RGPD, son sólo aquellos referentes a una persona física (art. 4.1 RGPD).

III

En cuanto al art. 39 del APL, si bien se coincide en la idea de que la publicidad del Registro que regula ha de estar limitada por el derecho fundamental a la protección de datos personales, se considera que dicha finalidad se cumple con mayor precisión haciendo referencia no sólo al art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno, sino igualmente al art. 15 de dicha ley, que es la que contiene, en el ámbito de la transparencia, la mención al límite consistente en el cumplimiento de la protección de datos personales y al que precisamente ha dado una nueva redacción la LOPDGDD, distinguiendo entre la forma de actuar según qué tipos de datos especialmente protegidos contenga la información, o cuando no contenga la información datos especialmente protegidos.

Así, dicho art. 39 del APL podría quedar redactado como sigue:

Las inscripciones del Registro estatal previsto en el artículo anterior serán públicas y los asientos registrales practicados serán de libre acceso para su consulta por cualquier persona con los límites establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno, así como reutilizables, de conformidad con lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

IV

Los artículos 89, relativo a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, y 93.3, en relación con los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, contienen una regulación específica respecto de los datos personales de menores recogidos o

generados por estos, los cuales no podrán ser tratados con fines comerciales, tales como -a título meramente ejemplificativo y no exhaustivo- mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o publicidad personalizada basada en el comportamiento. Esta prohibición del legislador determina que esos tratamientos de datos no sean ya lícitos, conforme a la normativa de protección de datos, ya que no se contempla en la ley el levantamiento de la prohibición ni siquiera con el consentimiento del interesado o su representante.

Sin embargo, a continuación, la frase siguiente de ambos preceptos establece una regla que podría resultar contradictoria con lo anterior, pues se remite para el tratamiento de los datos personales al RGPD y a la LOPDGDD, que no contienen dicha prevención. Por ello, parece conveniente modificar ligeramente ambos preceptos de la siguiente manera, para resaltar que lo establecido en la primera frase del párrafo es una protección reforzada además de la contenida en el RGPD y la LOPDGDD:

*89 Los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma de conformidad con lo previsto en este Título no podrán ser tratados con fines comerciales, como mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o publicidad personalizada basada en el comportamiento. **Sin perjuicio de lo anterior**, en todo caso el tratamiento de datos de menores quedará sometido a lo previsto en la normativa de protección de datos y, en particular, en lo establecido en el artículo 8 del Reglamento (UE) 679/2016 General de Datos Personales y al artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.*

*93.3. Los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de conformidad con lo previsto en este Título no podrán ser tratados con fines comerciales, como mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o publicidad personalizada basada en el comportamiento. **Sin perjuicio de lo anterior**, en todo caso, el tratamiento de datos de menores quedará sometido a lo previsto en la normativa de protección de datos y, en particular, en lo establecido en el artículo 8 del Reglamento (UE) 679/2016 General de Datos Personales y al artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.*

V

El art. 92 del APL contiene un precepto sobre “supervisión y control” de las medidas adoptadas por los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma en el Título V. Así, comenzando este comentario por el apartado 6 del art. 92, cabe decir del mismo que sería

innecesario, por cuanto el ejercicio por la AEPD de sus funciones y potestades conforme al RGPD (art. 57 y 58 RGPD), y más específicamente, conforme al art. 47 de la LOPDGDD -esto es, supervisar la aplicación del RGPD y hacerlo aplicar- no depende de que lo diga así el apartado 6 del art. 92 del APL, sino que deriva del propio RGPD y de la LOPDGDD. Por lo tanto, esta Agencia opina que este apartado 6 tiene una función distinta, con la que no está de acuerdo, y es dejar a la AEPD al margen de la función de supervisión y control que para la CNMC se prevé en el apartado 3 del art. 92 APL. En concreto, esta AEPD sugiere que está dentro de sus funciones “evaluar la idoneidad” -tal y como dice el citado apartado 3 del art. 92 PAL-, de las medidas que, **en materia de protección de datos personales**, se refieren los arts. 88, 89 y 90 del APL para los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. Dichas medidas, que inciden en la protección de datos personales, cabe encontrarlas en los apartados a) a g) del art. 88.1; en el art. 89, referido a la prohibición de fines comerciales de los datos de los menores -tanto más cuando la AEPD es el órgano sancionador en estos casos conforme al art. 155.10 en relación con el art. 153.5 APL-; y en el art. 90.1 O 90.2, letra c) APL, por cuanto la verificación de edad o un mecanismo de acceso a personas menores de edad no es ni más ni menos que un tratamiento de datos personales referido a un interesado persona física. Por todo ello, esta AEPD sugiere que la competencia de la CNMC establecida en el art. 92.3 del APL, cuando menos requiera Informe al respecto de la AEPD, y se haga constar así en dicho apartado.

VI

El art. 93 trata de los derechos del menor en el ámbito audiovisual. Sobre el apartado 3 de este precepto ya se ha hecho mención en el epígrafe IV anterior, aunque este comentario también le afecta.

En primer lugar no se define el concepto de “menor”, y ello tiene su importancia porque afecta a los derechos de dichas personas y a los tratamientos de sus datos personales. Esta apreciación deriva de lo dispuesto en el art. 7 de la LOPDGDD, pues este precepto permite el otorgamiento del consentimiento para los tratamientos de sus datos personales por menores que sean mayores de catorce años (salvo cuando la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento). Tanto el art. 89 como el 93.3 APL remiten los tratamientos de datos de menores al art. 8 RGPD y al art. 7 LOPDGDD. Pues bien, este último considera menor a los efectos del consentimiento para tratamientos de datos a quienes no han cumplido 14 años. Eso supone que sería conveniente precisar si la expresión “menores” del apartado 1 del art. 93 APL (y en general, en el APL) se refiere a menores de edad (esto es, menores de 18 años), o menores de 14 años, cuando su derecho dependa de su consentimiento.

Pare claro que en el apartado 2 del art. 93, la prohibición establecida ha de proteger a todos los menores de edad, esto es, hasta los 18 años, por lo que como consecuencia de la mención anterior podría especificarse así en el texto.

VII

Artículo 139.3 APL. Este precepto regula la publicidad híbrida o interactiva. En estos casos, y con buen criterio, por cuanto supone una comunicación con una persona física (“interesado”) cualquier tratamiento de datos personales por el responsable del tratamiento (el prestador del servicio de comunicación audiovisual) ha de cumplir la normativa de protección de datos personales. Como ya se mencionó expresamente en el epígrafe I de este Informe, en este apartado 3 debería completarse la referencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), con la referencia al 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, RGPD). Se sugiere la siguiente redacción:

3. En el caso de que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual empleen técnicas basadas en publicidad híbrida o interactiva, se deberá respetar las disposiciones establecidas en el 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, RGPD) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, respecto al consentimiento de los usuarios y el tratamiento de sus datos personales.

VIII

Título X, Régimen Sancionador.

El art. 152 APL contiene una afirmación que se considera errónea, por cuanto en la ley 39/2015, de 1 de octubre, no se contienen los “principios” del procedimiento sancionador, sino que dicha ley está dedicada al “procedimiento administrativo”, estableciéndose especialidades para el procedimiento administrativo sancionador. Los “principios” del procedimiento sancionador se contienen en el Capítulo III del Título Preliminar de la ley 40/2015, de 1 de octubre, que lleva por título precisamente “Principios de la potestad sancionadora”.

Por otra parte, el art. 153 APL contiene las competencias sancionadoras en materia audiovisual, que se reparten entre varios órganos y entidades, según la naturaleza de la infracción. El APL regula con detalle la competencia sancionadora del Ministerio correspondiente (art. 153.1 APL), que al ser un órgano de la Administración del Estado, sus potestades se rigen por el procedimiento administrativo común. Respecto de la CNMC, el APL se cuida de dejar claro que sus competencias se ejercitan *“de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio”*, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. De manera idéntica, cuando menciona la competencia sancionadora de la autoridad audiovisual competente en cada ámbito autonómico, esta se igualmente *“de conformidad con su normativa reguladora”*. Sin embargo, el APL otorga a la AEPD la competencia sancionadora (art. 153.5 APL) en el caso de la infracción muy grave del art. 155.10 APL, pero no menciona que dicha competencia habrá de ejercitarse conforme a su normativa reguladora, o expresión similar. Ello puede llevar a la confusión de cuál sería el régimen aplicable a dicho procedimiento sancionador, pues nada se dice, a diferencia de los otros órganos sancionadores mencionados.

No hay que olvidar que, como explicita el art. 45 de la LOPDGDD, la Agencia Española de Protección de Datos se rige por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, la LOPDGDD y sus disposiciones de desarrollo, **y sólo supletoriamente**, en cuanto sea compatible con su plena independencia, se regirá por las normas citadas en el artículo 110.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Del mismo modo, conforme al art. 63.2 de la LOPDGDD, los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la LOPDGDD, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, -por último, incluso después de las normas reglamentarias antedichas- en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos, que incluye las leyes 39/2015 y 40/2015.

Como consecuencia de lo anterior, se considera necesario que el APL recoja, al igual que ha hecho para la CNMC y las autoridades autonómicas, que la AEPD ejercerá la potestad sancionadora conforme a su propia normativa. Por ello, el apartado 5 del art. 153 APL se sugiere que quede redactado de la siguiente manera:

5. *La Agencia Española de Protección de Datos, en el caso de que se trate de la infracción muy grave del artículo 155.10.*

La Agencia Española de Protección de Datos ejercerá su competencia sancionadora de acuerdo con, y los procedimientos tramitados por esta se regirán por, lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, por las disposiciones

reglamentarias dictadas en su desarrollo, y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por la presente Ley General de Comunicación Audiovisual y sus disposiciones de desarrollo, y por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.