

N/REF: 0040/2023

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente a la consulta planteada por DIRECTORA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, cúmpleme informarle lo siguiente:

La consulta solicita la interpretación jurídica, conforme a la normativa de protección de datos de carácter personal, del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones:

1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración tendrán los siguientes derechos:

[...]

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.

I

La Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones ha procedido a la transposición al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, regulando el régimen general de las telecomunicaciones, compendiando la normativa vigente, actualizando aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones desde la aprobación de la anterior Ley General del año 2014 y sentando las bases para el despliegue de las redes de muy alta capacidad. De este modo, introduce reformas estructurales en el régimen jurídico de las telecomunicaciones, a fin de fomentar la inversión de los operadores en redes de muy alta capacidad, mejorar la protección de los derechos de los usuarios y actualizar, entre otras, la normativa sobre Servicio Universa, gestión del espectro y seguridad de las redes, contribuyendo a la vertebración del territorio y a la lucha contra la despoblación y el cambio climático.

La Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, refunde en un único texto el paquete de Directivas comunitarias aprobadas en el año 2002 y modificadas en el año 2009, que forman parte del marco regulador para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directivas acceso, autorización, marco y servicio universal) con excepción 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), que se mantiene en vigor en tanto no se proceda a la aprobación del conocido como Reglamento Eprivacy.

Consecuentemente, aun cuando el Considerando 15 de la Directiva (UE) 2018/1972 señala que *“El tratamiento de datos personales mediante servicios de comunicaciones electrónicas, contra remuneración o de otro modo, debe ajustarse al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo”*, en la medida en que se mantiene en vigor la Directiva 2002/58/CE, deberán mantenerse las especificaciones que, como norma especial aplicable a las comunicaciones electrónicas, se contienen en la Directiva 2002/58/CE.

En cuanto a las relaciones entre la Directiva entre el régimen jurídico contenido en la Directiva 2002/58/CE y el 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), se pronuncia el propio RGPD en su Considerando 173:

“El presente Reglamento debe aplicarse a todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos y las libertades fundamentales en relación con el tratamiento de datos personales que no están sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento y los derechos de las personas físicas. Para aclarar la relación entre el presente Reglamento y la Directiva 2002/58/CE, esta última debe ser modificada en consecuencia. Una vez que se adopte el presente Reglamento, debe revisarse la Directiva 2002/58/CE, en particular con objeto de garantizar la coherencia con el presente Reglamento.”

Y en el artículo 95 se refiere de nuevo a la relación del RGPD con la Directiva 2002/58/CE, señalando lo siguiente:

El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE.

Por lo tanto, la Directiva 2002/58/CE mantiene, en relación con el RGPD, el carácter de norma especial que tenía con la Directiva 95/46/CE, tal y como se reconoce en su Considerando 10 (*“En el sector de las comunicaciones electrónicas es de aplicación la Directiva 95/46/CE, en particular para todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos y las libertades fundamentales que no están cubiertas de forma específica por las disposiciones de la presente Directiva, incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento de los datos y los derechos de las personas. La Directiva 95/46/CE se aplica a los servicios de comunicaciones electrónicas que no sean de carácter público”*), y en su artículo 1, relativo al ámbito de aplicación y objetivo, en el que después de disponer en su apartado 1 que *“La presente Directiva establece la armonización de las disposiciones nacionales necesaria para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”* añade en su apartado 2 que *“Las disposiciones de la presente Directiva especifican y completan la Directiva 95/46/CE a los efectos mencionados en el apartado 1.”*

Consecuentemente, tal y como señalamos en nuestro Informe 46/2021, referente al Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones:

Por lo tanto, la Directiva 2002/58/CE y, consecuentemente, los preceptos del presente anteproyecto que transponen dicha Directiva, vienen a configurar un régimen especial, al que se someterían únicamente los tratamientos que la misma regula, frente al régimen general de protección de datos que se recoge en el RGPD. Por este motivo, las disposiciones del mismo serán de aplicación a todos los tratamientos llevados a cabo dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión y que no estén regulados específicamente por la Directiva, tal y como se desprende del ámbito de aplicación establecido en el artículo 2 del Reglamento y en los términos que especifica su artículo 95. Asimismo, dicho carácter de norma especial es igualmente predicable respecto de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), cuyas disposiciones deben ser tenidas en cuenta al constituir la “lex generalis” aplicable para garantizar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Por consiguiente, la normativa sobre protección de datos personales aplicable a las llamadas comerciales contenida en el artículo 66.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones deriva directamente de la Directiva 2002/58/CE, en particular de lo dispuesto en el apartado 3 de su artículo 13:

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.

Esta facultad de elección otorgada a los Estados Miembros se justifica en su Considerando 42 en los siguientes términos:

(42) El caso de otras formas de venta directa que resultan más onerosas para el remitente y no implican costes financieros para los abonados y usuarios, como las llamadas personales de telefonía vocal, se puede justificar el mantenimiento de un sistema que dé a los abonados o usuarios la posibilidad de indicar que no desean recibir llamadas de ese tipo. Sin embargo, a fin de no disminuir los niveles actuales de protección de la intimidad, debe facultarse a los Estados miembros para mantener sus sistemas nacionales que únicamente autoricen ese tipo de llamadas cuando los abonados y usuarios hayan dado su consentimiento previo.

II

La transposición del artículo 13.2 de la Directiva 2002/58/CE se llevó a cabo por el artículo 48.1.b. de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en los siguientes términos:

d. *Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:*

[...]

b) A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho.

En cuanto al concepto de comunicación comercial, se había recogido en el Anexo de definiciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico:

f) “Comunicación comercial”: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional

De este modo, el legislador español no optó por exigir un consentimiento previo de los usuarios finales, sino que les reconoció un derecho de oposición a recibir llamadas con fines de comunicación comercial.

Previamente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, había regulado con carácter general los tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial en su artículo 30:

d. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento.

2. Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten.

3. En el ejercicio del derecho de acceso los interesados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como del resto de información a que se refiere el artículo 15.

4. Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud.

Y el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, había reconocido la posibilidad de crear ficheros de exclusión o listas Robinson, como modalidad

de ejercicio del derecho de oposición, contenido en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 15/1999:

“1. Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado.

2. Cuando el afectado manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad o prospección comercial, aquél deberá ser informado de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento.

El afectado podrá solicitar su exclusión respecto de un fichero o tratamiento concreto o su inclusión en ficheros comunes de excluidos de carácter general o sectorial.

3. La entidad responsable del fichero común podrá tratar los datos de los interesados que hubieran manifestado su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines de publicidad o prospección comercial, cumpliendo las restantes obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento.

4. 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.”

Dicho régimen jurídico no excluía la posibilidad de que el interesado hubiera prestado su consentimiento específico para recibir comunicaciones comerciales, cuestión que fue objeto de análisis el Informe 62/2010:

Entrando ya en la primera de las cuestiones a las que se había hecho referencia, cabe considerar que en el supuesto planteado, como indica la consultante, existirían dos manifestaciones de voluntad del interesado: una de carácter genérico, referida al deseo del mismo de no recibir publicidad y otra específica, dirigida a un responsable concreto, en que aquél sí habría manifestado, a través de los medios expresamente previstos en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo, su consentimiento para la recepción de publicidad de un

responsable concreto, quedando así plenamente identificado el beneficiario de la publicidad que el interesado consiente recibir en su propia declaración de voluntad.

En este caso, y como también indica la consultante, la especialidad del consentimiento específico prestado a un determinado responsable prevalecería sobre la manifestación genérica de no desear recibir publicidad, a fin de garantizar que la voluntad del interesado respecto de un responsable concreto no se vea menoscabada por la voluntad de no recibir publicidad de terceras entidades respecto de las que no se hubiera prestado el consentimiento para dicha recepción.

De este modo, no sería precisa la consulta de las listas de exclusión a las que se refiere el artículo 49 del Reglamento para la remisión de envíos publicitarios a aquellos afectados que específicamente hubieran otorgado su consentimiento para la recepción de la citada publicidad.

No obstante, debe indicarse que la lista actualmente existente, a la que también se refiere la consulta, establece una plataforma a través de la cual el interesado puede manifestar expresamente su voluntad de no recibir publicidad de determinadas compañías, poniendo en contacto el responsable del fichero común al interesado con dichas entidades. En ese caso deberá respetarse la declaración específica de voluntad del interesado en relación con dichos responsables concretos, de forma que incluso si hubiera prestado su consentimiento previo para la recepción de publicidad, la remisión expresa de una negativa a seguir recibiendo tal publicidad deberá ser interpretada como una manifestación expresa de la revocación del consentimiento previamente prestado, no debiendo emplearse los datos para la remisión de nuevas comunicaciones comerciales.

La regulación de estos ficheros de exclusión publicitaria se incluyó, posteriormente, en el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuya licitud se fundamenta, tal y como indicó el Consejo de Estado y se recoge en la Exposición de motivos de dicha norma, en existencia de un interés público, en los términos establecidos en el artículo 6.1.e) del RGPD:

Artículo 23. Sistemas de exclusión publicitaria.

d. Será lícito el tratamiento de datos personales 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 solo 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 autoridad de control competente 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 autoridad de control competente hará pública en su sede electrónica una relación de los sistemas de esta naturaleza que le fueran comunicados, incorporando la información mencionada en el párrafo anterior. A tal efecto, la autoridad de control competente a la que se haya comunicado la creación del sistema lo pondrá en conocimiento de las restantes autoridades de control para su publicación por todas ellas.

3. Cuando un afectado manifieste a un responsable su deseo de que sus datos no sean tratados para la remisión de comunicaciones comerciales, este deberá informarle de los sistemas de exclusión publicitaria existentes, pudiendo remitirse a la información publicada por la autoridad de control competente.

4. Quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, 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 incluidos en la relación publicada por la autoridad de control competente.

No será necesario realizar la consulta a la que se refiere el párrafo anterior cuando el afectado hubiera prestado, conforme a lo dispuesto en esta ley orgánica, su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla.

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.

III

Una vez analizado el régimen jurídico aplicable con anterioridad al tratamiento de los datos personales con la finalidad de realizar llamadas comerciales, procede analizar el iter legislativo de la vigente Ley General de Telecomunicaciones.

El proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales y que fue objeto de nuestro informe 46/2021 mantenía idéntica regulación al de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014 en su artículo 66.1.b):

Artículo 66. Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados.

d. *Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración tendrán los siguientes derechos:*
[...]

b) a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho.

Durante el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados, se presentó la Enmienda número 211, de adición:

Con el fin de proteger en mayor medida los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, queda prohibida la realización, por parte de los operadores, de llamadas telefónicas no solicitadas por el consumidor y/o usuario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios. No será de aplicación la restricción anterior siempre y cuando exista un consentimiento previo del propio consumidor y/o usuario para recibir comunicaciones comerciales que habilite al propio operador a efectuar las mismas.»

JUSTIFICACIÓN

Es necesario incorporar la restricción de las llamadas telefónicas no solicitadas por el consumidor, con el fin de promocionar o vender bienes o servicios. Con la inclusión de esta disposición, el usuario final

únicamente recibirá llamadas comerciales cuando exista un consentimiento previo del propio usuario final.

El Dictamen de la Comisión recogió la siguiente redacción, en la que se exigía el previo consentimiento como única causa de licitud del tratamiento:

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.

Asimismo, introdujo una vacatio legis de un año para la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico que introducía:

Disposición final quinta. Entrada en vigor.

1. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. (nuevo) El derecho de los usuarios finales a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial contemplado en el artículo 66.1.b) entrará en vigor en el plazo de un año a contar desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado». Hasta ese momento, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración podrán seguir ejercitando el derecho a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el artículo 66.1.a) y a ser informados de este derecho.

No obstante, tras su debate en Pleno, el texto aprobado y que se ha mantenido en la redacción del vigente artículo 66.1.b) incluye, además del consentimiento, la referencia a las bases de legitimación contenidas en el artículo 6.1. del RGPD:

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.

Asimismo, ha mantenido el plazo de un año para la entrada en vigor de esta regulación.

Disposición final séptima. Entrada en vigor.

1. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. *El derecho de los usuarios finales a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial contemplado en el artículo 66.1.b) entrará en vigor en el plazo de un año a contar desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado». Hasta ese momento, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración podrán seguir ejercitando el derecho a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el artículo 66.1.a) y a ser informados de este derecho.*

IV

Una vez estudiado el régimen jurídico aplicable y la evolución del proceso legislativo, atendiendo a las competencias que corresponden a esta Agencia en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, específicamente reconocidas en el artículo 114.1.b) de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, procede interpretar el artículo 66.1.b) de la misma, atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 3 del Código Civil: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.*

De este modo, el texto aprobado por las Cortes Generales no ha limitado el tratamiento de los datos personales para la realización de llamadas con fines de comunicación comercial a la previa prestación del consentimiento, sino que ha incluido la posibilidad de 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.

Dentro de dichas bases de legitimación se incluye el interés legítimo en su letra f):

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

El propio RGPD recoge algunos ejemplos de interés legítimo en su Considerando 47, entre los que incluye la mercadotecnia directa:

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.

Asimismo, reconoce un derecho de oposición absoluto cuando se trata de tratamientos con fines de mercadotecnia directa, tal y como expresa en su Considerando 70:

Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información.

Dicho derecho es objeto de regulación en su artículo 21, apartados 2 y 3:

2. Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan,

incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.

3. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

Como señalaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 24 de noviembre de 2011 (asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, Caso Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y otros, la aplicación de esta base legitimadora requiere de la concurrencia de dos requisitos acumulativos, por un lado, que el tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que _pto iquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado, lo que exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate, criterios que han sido igualmente reiterados en sentencias más recientes, como la sentencia de 4 de mayo de 2017 (Asunto C-13/16, «Rigas Satskime», apartado 28 a 34, o la sentencia TJUE de 29 de julio de 2019 (Asunto C-40/17, «Fashion ID», apartado 95.

El Grupo del 29, en su extenso Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, analizaba detenidamente esta base jurídica y proporciona interesantes ejemplos al respecto, al objeto de apreciar cuándo, en virtud de la “prueba de sopesamiento”, el interés legítimo del responsable puede considerarse prevalente.

De sus conclusiones, interesa extractar lo siguiente:

- d) En primer lugar, que el interés legítimo del responsable del tratamiento no deberá considerarse un fundamento jurídico que solo puede utilizarse con moderación para cubrir las lagunas en situaciones raras o imprevistas como «un último recurso», o como una última posibilidad si no se pueden aplicar otros motivos de legitimación. Tampoco deberá percibirse como una opción preferente ni deberá extenderse su uso indebidamente porque se considere menos restrictiva que los demás fundamentos jurídicos. Por el contrario, se trata de un medio tan válido como cualquier otro para legitimar el tratamiento de datos personales.

Una utilización apropiada del artículo 7, letra f), en las circunstancias correctas y sujeta a las garantías pertinentes, puede ayudar a impedir un uso indebido y a evitar una dependencia excesiva de otros fundamentos jurídicos. Una evaluación adecuada del equilibrio en virtud del artículo 7, letra f), en ocasiones con una posibilidad de exclusión voluntaria del tratamiento, puede en

algunos casos ser una alternativa válida al uso inapropiado, por ejemplo, del fundamento jurídico basado en el «consentimiento» o en la «necesidad de ejecución de un contrato». Considerado de este modo, el artículo 7, letra f), presenta garantías complementarias en comparación con otros motivos de legitimación determinados previamente. No deberá, por tanto, considerarse como «el vínculo más débil» o una puerta abierta para legitimar todas las actividades de tratamiento de datos que no estén comprendidas en cualquiera de los demás motivos de legitimación.

b) En segundo lugar, que el interés del responsable del tratamiento, entendido en el sentido más amplio posible, para que pueda considerarse «legítimo» deberá ser lícito, es decir, conforme a la legislación nacional y de la UE. Debe estar articulado también con la claridad suficiente y debe ser lo suficientemente específico para permitir que la “prueba de sopesamiento” se realice en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Debe también representar un interés real y actual, es decir, no debe ser especulativo.

c) El tratamiento debe ser también «necesario para la satisfacción del interés legítimo» perseguido por el responsable del tratamiento o, en el caso de revelación de los datos, por la tercera parte. Por tanto, siempre se preferirán medios menos invasivos para servir al mismo fin.

d) Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la aplicación de la “prueba de sopesamiento”, se identifican unos factores clave que deben considerarse al efectuar la misma:

- la naturaleza y fuente del interés legítimo, incluido el hecho de:
 - si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, o
 - si se trata, de otro modo, de una cuestión de interés público o que se beneficia del reconocimiento jurídico o normativo, social o cultural de la comunidad afectada.
- el impacto sobre los interesados, incluidas:
 - la naturaleza de los datos, por ejemplo, si el tratamiento afecta a datos que puedan considerarse sensibles o que consten en fuentes públicas;
 - la manera en la que se tratan los datos, por ejemplo, si los datos se han revelado al público o se han puesto de otra manera a disposición de un gran número de personas, o si grandes cantidades de datos personales se tratan o combinan con otros datos (por ejemplo, en el caso de la elaboración de perfiles, con fines comerciales, de cumplimiento de la ley u otros);

- las expectativas razonables del interesado, especialmente en relación con el uso y la revelación de los datos en el contexto pertinente;
- la posición del responsable del tratamiento y del interesado, incluido el equilibrio de poder entre ambos, o si el interesado es un niño o pertenece de otro modo a un segmento vulnerable de la población.
- las garantías adicionales para impedir un impacto indebido sobre los interesados, incluidas:
 - la minimización de los datos (por ejemplo, limitaciones estrictas sobre la recopilación de datos o su eliminación inmediata tras su uso);
 - medidas técnicas y organizativas para garantizar que los datos no puedan utilizarse con el fin de adoptar medidas o emprender otras acciones en relación con las personas («separación funcional»);
 - uso extensivo de técnicas de anonimización, agregación de datos, tecnologías de protección de la intimidad, protección de la privacidad desde el diseño, evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad;
 - aumento de la transparencia, derecho general e incondicional de exclusión voluntaria (“_pto ut”), portabilidad de los datos y medidas relacionadas para capacitar a los interesados.

En relación con estas garantías, y con la evaluación global del equilibrio, tres cuestiones desempeñan con frecuencia un papel crucial en el contexto del artículo 7, letra f), y, por tanto, requieren especial atención:

- la existencia o la posible necesidad de medidas adicionales para aumentar la transparencia y la responsabilidad;
- el derecho de oposición al tratamiento por parte del interesado, y más allá de la oposición, la posibilidad de exclusión voluntaria sin la necesidad de justificación; y
- el empoderamiento de los interesados: la portabilidad de los datos y la disponibilidad de mecanismos viables para que el interesado acceda, modifique, elimine, transfiera o de otro modo reutilice (o permita reutilizar a terceros) sus propios datos.

Las conclusiones recogidas en el citado Dictamen del Grupo del 29, si bien referidas a la Directiva 95/46, resultan siendo plenamente aplicables tras la entrada en vigor del RGPD, que no ha introducido importantes variaciones

en la caracterización del interés legítimo del responsable o de terceros como base jurídica para el tratamiento de datos personales.

Esta Agencia, en el informe 195/2017, analizando la base jurídica del interés legítimo para el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia, ya se pronunció en relación con aquellas comunicaciones comerciales que pudieran realizarse por medios que no sean electrónicos (ya que, en este caso, prevalece la regulación del artículo 21.2 de la LSSI), estableciendo criterios plenamente aplicables al presente caso:

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.

Asimismo, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo respecto de la obligación de informar al afectado de su derecho a oponerse expresamente, prevista en el artículo 21.4 del RGPD, siempre que la base jurídica invocada sea el interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD. De acuerdo con dicha doctrina, el Tribunal Supremo requiere que, en caso de que el responsable utilice como base el “interés legítimo”, el interesado tiene que haber tenido la posibilidad de “oponerse expresamente”, tal y como se recoge, entre otras en la Sentencia 1477/2020, de 10 de noviembre de 2020 (Rec. 4713/2019), referidas a un supuesto de mercadotecnia:

“Ahora bien, el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige, según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, tal como se dispone en el considerando 70 y en el art. 21 de dicha norma”.

Por consiguiente, el interés legítimo puede ser una base jurídica que legitime la realización de las llamadas con fines comerciales, debiéndose cumplir, en todo caso, con el deber de transparencia y facilitar el ejercicio del derecho de oposición.

A este respecto, los sistemas de exclusión publicitaria siguen siendo un método válido para ejercer el derecho de oposición. La Ley General de Telecomunicaciones no ha derogado el artículo 23 de la LOPDGDD, debiéndose recordar que incluso la propia Ley siguiendo el Dictamen del Consejo de Estado, los ha considerado de interés público. Por lo que se mantiene vigente la obligación de consultar con estos sistemas, salvo que se cuente con el consentimiento del afectado.

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.

Por otro lado, el legislador ha contemplado una presunción “iuris tantum” que legitima el tratamiento de los datos personales de las personas físicas que prestan servicios para las personas jurídicas, así como el de los empresarios individuales y los profesionales liberales, en la base jurídica del interés legítimo, en los términos recogidos en el artículo 19 de la LOPDGDD:

Artículo 19. Tratamiento de datos de contacto, de empresarios individuales y de profesionales liberales.

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá amparado en lo dispuesto en el artículo 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679 el

tratamiento de los datos de contacto y en su caso los relativos a la función o puesto desempeñado de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el tratamiento se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional.

b) Que la finalidad del tratamiento sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios.

2. La misma presunción operará para el tratamiento de los datos relativos a los empresarios individuales y a los profesionales liberales, cuando se refieran a ellos únicamente en dicha condición y no se traten para entablar una relación con los mismos como personas físicas.

3. Los responsables o encargados del tratamiento a los que se refiere el artículo 77.1 de esta ley orgánica podrán también tratar los datos mencionados en los dos apartados anteriores cuando ello se derive de una obligación legal o sea necesario para el ejercicio de sus competencias.

En todo caso, las consideraciones realizadas en el presente informe respecto de la aplicación de la base jurídica del interés legítimo se limitan, exclusivamente, al tratamiento de los datos personales necesarios para la realización de la llamada con fines de comunicación comercial.

Cualesquiera otros tratamientos de datos personales que puedan realizarse por el responsable vinculados a la misma finalidad comercial, como puedan ser los relacionados con la obtención de datos de contacto procedentes de terceros, el posible perfilado de los contactos y su segmentación, el enriquecimiento de datos con, entre otros, las respuestas que esté dando el cliente o su posible grabación, requerirá contar con la correspondiente base legitimadora conforme al artículo 6.1. del RGPD y cumplir con todos los principios y obligaciones que la normativa sobre protección de datos personales establece.

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.