

Nº 14 - 21 marzo 2005

## Opinión

Expertos

## Actualidad Normativa

Nacional

Internacional

## Jurisprudencia

## APDCM

Informes y Resoluciones

Noticias

## Temas de Actualidad

Nacional

Internacional

## Publicaciones

Libros

Revista de revistas



## OPINIÓN : EXPERTOS

[Volver a sección](#)

Página 1 de 4



### Procedimiento inapropiado para la obtención del consentimiento tácito por parte de las operadoras de telecomunicaciones.

(Análisis crítico de la resolución de 11 de febrero de 2005 de la Agencia Española de Protección de Datos)

Ernesto Quílez Abogado. Asesor Jurídico de la Comisión de Libertades e Informática.

Con fecha de 11 de febrero de 2005 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) ha resuelto el expediente abierto contra la principal operadora de telecomunicaciones de este país a instancia de varias entidades, asociaciones y particulares perjudicados que denunciaron la práctica llevada a cabo por la misma para obtener el consentimiento de éstos, al objeto de tratar sus datos personales con fines comerciales. La operadora se sirvió para ello del correo ordinario considerando que el consentimiento se estimaba otorgado tácitamente si en el plazo de un mes los abonados no se negaban expresamente al tratamiento de sus datos personales.

La AEPD se limita a concluir que la posibilidad de obtener el consentimiento tácito es legal, sin valorar hasta sus últimas consecuencias la idoneidad del procedimiento concreto empleado por la denunciada para recabar el consentimiento de sus abonados.

Cuatro son apartados que entraremos a analizar:

- 1.- Normativa aplicable
- 2.- Contenido de la solicitud y medio empleado para requerir el consentimiento.
- 3.- Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos.
- 4.- Otras cuestiones

#### 1.- Normativa aplicable

La AEPD realiza un adecuado encuadre normativo de la cuestión. Encuadre que alcanza a la normativa propia de las telecomunicaciones, a la relativa a la sociedad de la información y del comercio electrónico y a la que regula el derecho a la protección de datos[1].

La resolución de 11 de febrero de 2005 nos recuerda que el sistema de garantías en el tratamiento de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones "se articula en torno a una disposición de naturaleza horizontal –la Directiva 95/46/CE) y a una norma sectorial (Directiva (2002/58/CE) "advirtiendo esta última que viene a especificar y completar a aquélla "lo que supone –sigue diciendo la resolución- que el régimen de principios y derechos recogidos en dicha norma son de aplicación directa en este ámbito".

Este esquema es el que se reproduce en nuestro ordenamiento interno: Tanto la Ley General de las Telecomunicaciones de 3 de noviembre de 2003 (LGT) como la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 11 de julio de 2002 (LSSI) se declaran "deudoras" en materia de protección de datos personales de lo regulado en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de 13 de diciembre de 1999 (LOPD)

#### a) Promociones comerciales y servicios de valor añadido

La anterior normativa preveía que las prestadoras de servicios de telecomunicaciones pudieran tratar los datos personales de sus abonados -al margen de la prestación del servicio de llamadas y facturación de las mismas- para la promoción de sus propios servicios (Ley General de Telecomunicaciones de 1998[2] y RD 1736/1998). Tras la LGT de 2003 se amplía esa misma posibilidad al permitir tratar dichos datos para "fines comerciales" o para la "prestación de servicios de valor añadido" (art. 38.3.b). La Directiva 2003/58/CE señalaba como servicios de valor añadido: las recomendaciones sobre las tarifas menos costosas, orientación vial, información sobre tráfico, previsiones meteorológicas o la información turística.[3]

Esta regulación abría todo un campo de explotación lucrativa de los datos personales de los abonados para "fines comerciales"[4] y para la prestación de otros servicios al margen del establecimiento de llamadas. No ha sido ajena a la crítica el hecho de haber utilizado unos conceptos jurídicos indeterminados poco aconsejables –por la falta de claridad que conllevan- cuando se trata de limitaciones a un derecho fundamental en cuyo núcleo esencial figura la necesidad de informar al interesado de las finalidades determinadas y explícitas que van a dar a sus datos. No obstante, el problema fundamental radica en el

aumento de los tratamientos de datos personales y la formación de perfiles por parte de una empresa a la que, al menos en principio, solo se ha acudido para contratar un servicio de establecimiento y abono de llamadas.

b) necesidad de consentimiento

Para lograr la citada finalidad comercial y de prestación de servicios de valor añadido tanto la directiva 2002/58/CE como la vigente LGT exigen, como no podía ser menos, el consentimiento del afectado:

*“el proveedor de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público podrá tratar los datos a que se hace referencia en el apartado 1 para la promoción de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicio con valor añadido en la medida y durante el tiempo necesarios para tales servicios o promoción comercial, siempre y cuando el abonado o usuario al que se refieran los datos haya dado su consentimiento.*

*El proveedor del servicio deberá informar al abonado o al usuario de los tipos de datos de tráfico que son tratados y de la duración de este tratamiento...antes de obtener el consentimiento”*

Así pues, se exige un **consentimiento informado** como requisito imprescindible para posibilitar tal actuación al margen de la finalidad existente. Curiosamente, la normativa nacional recoge ese privilegio empresarial como un *derecho de los abonados* (art. 38.3.b LGT), sin que se llegue a entender porque debe considerarse como tal cuando lo que permite es que las operadoras puedan utilizar los datos personales de sus abonados para fines comerciales o servicios de aquella. ¿Es que los interesados pueden *exigir* a sus operadoras que comercialicen sus datos para fines propios de los abonados?. En este sentido, el RD 1736/1998 habla más propiamente de un facultad de los prestadores de servicios al disponer que éstos “podrán” tratar los datos de sus abonados para la promoción comercial de sus propios servicios.

El apartado h) del art. 3 de la LOPD define el consentimiento como *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta en el tratamiento de datos personales que le conciernen”*

Lo que nos interesa destacar es que la Directiva 2002/58/CE requiere expresamente que *“el consentimiento puede darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, voluntaria e inequívoca y fundada de la voluntad del usuario”*.

c) Regulación de un consentimiento tácito a favor de las operadoras

La necesidad de contar con dicho consentimiento se desarrolla en el Real Decreto 1736/1998 de 31 de julio, cuya vigencia salvó la vigente LGT de 2003 en tanto en cuanto no se procediera a la norma de sustitución[5]. Dicho Reglamento otorga a las operadoras de telecomunicaciones un auténtico trato privilegiado que no poseen otras empresas mercantiles, fundaciones o asociaciones altruistas u organismos públicos pues la exigencia de contar con el consentimiento del abonado se ve facilitada al permitir que las prestadoras de servicios de telecomunicaciones puedan tratar los datos personales de sus abonados aun cuando éstos no se hubieran manifestado expresamente presumiendo que su silencio supone su consentimiento a tales tratamientos.

Así pues, se entendió que el consentimiento libre, voluntario, inequívoco, específico, informado y fundado de la voluntad del usuario que también se define en el art. 3 LOPD podía darse de forma tácita al prever en el art. 65 del citado RD1736/1998 que:

*“Asimismo, los operadores podrán tratar los datos a los que se refiere al apartado anterior para la promoción comercial de sus propios servicios de telecomunicaciones, siempre y cuando el abonado haya dado su consentimiento previo. A estos efectos, los operadores deberían dirigirse a los abonados, al menos, con un mes de antelación, al inicio de la promoción, requiriendo su consentimiento que, de producirse, será válido hasta que los abonados lo dejen sin efecto de modo expreso. Si en el plazo de un mes desde que el abonado reciba la solicitud, éste no se hubiere pronunciado al respecto, se entenderá que consiente, sin perjuicio de lo dispuesto la disposición transitoria séptima.*

Que la regulación de este consentimiento tácito se incluyera en un Decreto y no en un texto legal se ha explicado por la habilitación que la LGT de 1998 contenía en su art. 50, que dispuso que la garantía del derecho a la protección de datos debía realizarse conforme a lo dispuesto en la LOPD *“y en las normas reglamentarias de carácter técnico”*. El régimen protector de los datos personales en este sector es el que precisamente desarrolló el Título V del citado RD1736/98 donde se encuentra el art. 65 que hemos reproducido. Título que supone la recepción vía reglamentaria en nuestro ordenamiento de la Directiva 97/66/CE. Así, en una *“explicatio non petita”* el art. 62 advierte que dicho Título V recoge *normas reglamentarias de carácter técnico de desarrollo de la LGT”*.

Pero si a la regulación del consentimiento informado para la promoción comercial se le quiere otorgar la cualidad de “norma de carácter técnico”, entonces quizás habría que haber esperado a un nuevo reglamento para ver que reglamentación “técnica” concreta se llevaba a cabo para la ampliación a los nuevos campos de actuación que realiza la nueva LGT de 2003: promoción de todo fin comercial –no sólo los propios- y, en especial, a la prestación de servicios de valor añadido a los que no se refiere el citado

RD. El subsistente RD 1736/98 no recoge las previsiones de la Directiva 97/66/CE ni de la LGT de 2003.. Extender la disposición del RD 1736/98 a una nueva atribución necesitada de su propia reglamentación "técnica" (igual, parecida o incluso distinta) parecería entonces precipitado. Esto podría pensarse que es exagerado pero sólo si se considera que la regulación de este consentimiento no tiene ese "carácter técnico" que justificaría la remisión a una normativa reglamentaria.

Ahondando en esta cuestión, ASPAS ASPAS[6] trae a colación la opinión del Consejo de Estado[7] en el sentido de que el sistema interno regulador del esquema de fuentes era el determinante para establecer el rango de la norma, concluyendo dicho autor que en nuestro ordenamiento se traduce en la necesidad de regular esta materia no en una norma reglamentaria sino, dado el sistema de fuentes nacional, en una Ley Orgánica por tratarse del desarrollo de un derecho fundamental (art. 81 CE). No olvidemos que el consentimiento (art. 6 LOPD) forma parte del núcleo esencial del Derecho Fundamental a la Protección de Datos[8]. Dicho consentimiento es, recordando el principio de autodeterminación informativa, una de las manifestaciones del poder de control y disposición del ciudadano sobre sus datos por lo que cualquier excepción al mismo debe interpretarse siempre en sentido restrictivo y regularse en la norma apropiada. En el caso que nos ocupa, se pretende conseguir un consentimiento al margen de la relación contractual previamente establecida -limitada a la estricta prestación del servicio telefónico y su facturación- por ello cualquier regulación de ese nuevo consentimiento no debe olvidar lo anterior y tener siempre presente la necesidad de contar con absoluta certeza con el consentimiento de los usuarios evitando cualquier interpretación "extensiva" y genérica de la voluntad de los particulares en contra de su derecho individual.

Por su parte y aunque referida a prerrogativas o potestades administrativas, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMAS RAMÓN FERNANDEZ destacan lo contradictorio que resulta a la técnica jurídica de las libertades o derechos fundamentales "el intento de construir reglamentariamente, o incluso por meros actos administrativos (si es la Ley formal la que lo hiciese incurrirá, indudablemente, en inconstitucionalidad por no respetar el "contenido esencial" de dichos derechos a que la obliga el artículo 53 de la Constitución) potestades administrativas discrecionales para permitir, limitar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales" siendo "absolutamente inadmisibles afirmar... que la Administración disponga de un poder general implícito derivado de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.[9]. Si ello es así en el ámbito administrativo cuanto mayor cuidado debería tenerse cuando los sujetos favorecidos por esos "poderes" de actuación sobre derechos fundamentales son entidades mercantiles y el objetivo es el desarrollo o potenciación de una actividad comercial, es decir un fin privativo y no social.

Recordemos que al solicitar y, en su caso, obtener el consentimiento para el *tratamiento* de datos de los abonados es posible establecer perfiles y categorías de clientes así como hábitos de utilización de los servicios de telecomunicaciones que, convenientemente tratados, pueden ser reveladores de determinadas aficiones o comportamientos sociales tal y como ha reconocido nuestra jurisprudencia. Por ello la cuestión que tratamos no es baladí.

Una vez vista la legalidad del consentimiento tácito procede analizar si el procedimiento para comunicarlo y obtenerlo era el apropiado tal y como exige la Directiva europea..

## **2.- Contenido de la solicitud y medio empleado para requerir el consentimiento.**

Dentro del ámbito de actuación denunciado y según afirmaciones de la operadora, ésta realizó en octubre de 2003 -es decir, bajo la vigencia de la LGT de 1998- un nuevo envío masivo solicitando el consentimiento "con la finalidad de ofrecer productos y servicios de terceras empresas de reconocido prestigio" y señalando que si no deseaba que se trataran sus datos personales, el abonado debía dirigir un escrito a un apartado de correos. De no recibir noticias en el plazo de un mes la operadora entendía que el usuario consentía en que sus datos personales fueran tratados (sin perjuicio de su revocación).

La operadora denunciada aseguró que tal envío que no supuso tratamiento posterior alguno salvo el de marcar los datos de los abonados que manifestaron su negativa al tratamiento.

En diciembre de 2003, ya bajo la vigencia de la LGT de 2003, realizó otro envío masivo a todos sus abonados, salvo a los que habían manifestado su voluntad en contra de tal tratamiento. En este caso, se ampliaba la fórmula para abarcar el ofrecimiento "de productos y servicios de terceras personas soportados o asociados a las telecomunicaciones y nuevas tecnologías de la información, así como de ocio, cultura, seguros, financieros y de asistencia al hogar", manteniendo la misma advertencia que en el anterior envío es decir, la obtención del consentimiento tácito del abonado si en el plazo de un mes la operadora no recibía oposición expresa del mismo.

Tales envíos al parecer se enviaron para cada número de teléfono y en hoja suelta junto con las facturas de pago utilizando como "medio apropiado" -ahí se apunta el problema- el correo ordinario. En dicha requisitoria no se especificaba la duración de tal tratamiento para fines comerciales por lo que se entendía concedido el consentimiento hasta su revocación por parte del abonado.

## **3.- Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos.**

La conclusión a la que sólo ha sabido llegar la AEPD es la siguiente: La obtención del consentimiento tácito por parte de las prestadoras de los servicios de telecomunicaciones está previsto en la norma.

Y escudándose en dicha previsión legal evita sancionar a la empresa denunciada, sin entrar de lleno en lo que realmente se denunciaba y se podía entrever que no era la existencia -no ajena a críticas[10]- de la

solución "técnica" reglamentariamente prevista (la posibilidad de obtener un consentimiento tácito) sino la aplicación concreta de tal previsión reglamentaria y la eficacia del procedimiento empleado por tal compañía para obtenerlo y deducirlo.

Estimamos que el procedimiento empleado por parte de la operadora no constituye, como -exige la Directiva 2002/58/CE- "el medio apropiado que permita la manifestación libre, voluntaria e inequívoca y fundada de la voluntad del usuario" pues el envío -y también la mera declaración de la denunciada diciendo que lo había hecho- de una carta por correo ordinario a todos y cada uno de los abonados o usuarios no asegura ni deja constancia de la eficaz recepción por parte de estos.

A nadie escapa que un porcentaje de la correspondencia no llega nunca a sus destinatarios: extravíos, error en la consignación de direcciones, etc. La existencia de los servicios de reclamaciones dan cuenta de ello. Tampoco llegan a su destino en casos de cambios de domicilio, sustracción, etc. Se podría decir que estos supuestos se dan en porcentajes muy pequeños pero considerando los millones de abonados existentes, es decir los millones de envíos realizados por la operadora, resulta fácil deducir estadísticamente que varios miles de personas no pudieron recibir tal comunicación. No olvidemos que estamos hablando de un derecho que se posee y se ejerce pero también se infringe de manera individual. A los anteriores supuestos debe añadirse los derivados del analfabetismo afortunadamente cada vez en regresión pero todavía subsistente y de existencia estadística probada.

A nadie escapa tampoco que existen viviendas con servicio telefónico contratado en la que sus titulares no acuden o acuden de forma esporádica por no residir en ellas (segundas viviendas; viviendas cedidas en arrendamiento, residencias estivales, etc.) o de las que se han ausentado (internamiento o ingreso en centros sanitarios, destinos laborales, viajes vacacionales, etc.). En estos casos, -a los que habría que añadir también los supuestos de retrasos en los envíos-, aun estimando "en abstracto" (pues no resulta probado) que se pudo haber recibido la carta ordinaria que la denunciada decía haber enviado, el plazo "técnico" de un mes previsto en la norma se estima igualmente inapropiado en términos de la Directiva porque sin conocerlo ni pretenderlo a los abonados "les consintieron" en su nombre una vez transcurrido ese plazo iniciado aleatoriamente por la operadora. Una Autoridad de Control como es la AEPD no debía consentir que -siquiera temporalmente- se pueda presumir el consentimiento de los ciudadanos fuera de los supuestos estrictamente previstos y con arreglo a los procedimientos apropiados exigidos en la norma. Sin embargo, este procedimiento también permitía estos desfases y la AEPD no ha querido verlo así.

En estos casos, y con carácter absoluto y permanente en casos de pérdidas, extravíos o sustracción, no pudo darse el consentimiento tácito que la normativa legal exige. La operadora no quiso, pudiendo hacerlo, emplear un procedimiento *apropiado* que evitase estas situaciones. Tampoco dispuso mecanismos adecuados que confirmara la recepción de las cartas enviadas.

Con el envío de la solicitud por correo ordinario no pudo haber, en suma, previo consentimiento informado para todos los ciudadanos, ni pudo obtenerse en consecuencia el consentimiento tácito reglamentariamente previsto de todos los ciudadanos afectados. Antes bien, lo que este procedimiento conllevaba era el tratamiento de datos personales de forma masiva y genérica sin la certeza individual, ni posibilidad real, de tener el consentimiento de todos y cada uno de los usuarios afectados. La consecuencia es que, en la práctica, se ha permitido el tratamiento de datos personales con **falta absoluta de consentimiento y, en el mejor de los casos, un consentimiento presunto no habilitado por la normativa aplicable y ajeno al consentimiento "inequívoco" (tácito o no) exigido por la LOPD**, adjetivo que, no obstante, también repudia la falta de certeza y las incertidumbres que el procedimiento empleado suscita. Se trata, en definitiva, de un procedimiento viciado en origen. El mero pago de la factura que se dice que acompañaba a la presunta petición de consentimiento sólo acredita la conformidad con la cuantía del pago pues, insistimos, el los casos que hemos comentados el abonado al no recibir la carta ordinaria -o recibirla tardíamente- no pudo conocer esa supuesta solicitud de consentimiento.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 30 junio 2004 señala que el calificativo de inequívoco exige la ausencia de toda posibilidad de duda o incertidumbre. "*que Ello porque si bien es cierto que no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación, la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento sí deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la cesión de los datos ha sido consentida de modo lo suficientemente claro para que no pueda interpretarse en otro sentido.*"

---

Pag.3

*Interpretación esta que es la que correctamente se acomoda a lo dispuesto, no sólo en el repetido artículo 6.1 de la LOPD, sino también a lo preceptuado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 ( LCEur 1995, 2977) , que en su artículo 7 preceptúa que los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca."*

Paradójicamente, la AEPD cita la Sentencia de 7 de julio de 2000[11] de la Audiencia Nacional que llama a la cautela a la hora de aplicar el consentimiento tácito en casos -como en los descritos- en los que no hay una situación de abandono de la defensa de su derecho sino imposibilidad de conocimiento apropiado. Transcribimos por su interés el fundamento de derecho recogido en la resolución:

*"este tema del consentimiento tácito ha de ser tratado con una gran delicadeza cuando están en juego*

derechos constitucionales básicos (art. 18.4 CE) y a ello tiende toda la regulación legal contenida en el articulado de la LO 5/92 y su explicación y filosofía recogida en la Exposición de Motivos. En la vida de relación es muy posible reconocer formas de tácita aceptación, pero siempre en aspectos no trascendentales o cuando se está operando sobre situaciones consolidadas y que están en la común consideración a modo de valores entendidos. No es el caso cuando lo que está en juego es la privacidad de las personas de ahí todas las cautelas normativas tendentes a proteger esa privacidad, sin que quepan interpretaciones de laxitud del art. 11.1 de la Ley a menos que el titular de la intimidad se haya situado voluntariamente en situación de abandono de la defensa de ese derecho, en cuyo caso sí podría hablarse de una forma de consentimiento tácito”.

Estimamos que aunque no debería haberse hecho, si se pretende abordar este tema de forma genérica - como hace la AEPD- debería haberse hecho hasta sus totales consecuencias y cuestionar la viabilidad de este procedimiento no certero. La AEPD parece admitir *genéricamente* la existencia -sin prueba concreta suficiente- del envío a todos y cada uno de los abonados pero no *asume genéricamente* que no es “probable” – en su sentido literal, pero también procedimental - que todos y cada uno de los abonados recibieran tal información. Asumido esto, la reprobación de la AEPD al procedimiento utilizado por la operadora denunciada era ineludible.

Pero aun hay más, la AEPD no reprueba tal procedimiento (correo ordinario) ni a pesar de que *concretamente* ha sido denunciado por varios organismos y asociaciones -representativas a su vez de varios miles de personas-[12] y por varias decenas de particulares que presentaron las denuncias que ahora son “desestimadas”. La AEPD no comprobó si al menos en los casos de las decenas de denunciantes individuales la operadora pudo acreditar el envío y, lo que es más importante, la recepción cierta de la carta por los denunciantes.

Consideramos poco afortunada la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos manifestada en la resolución que se comenta pues parece no importarle lo que haya sucedido, no lo inspecciona, no lo averigua, no pide constancia de las recepciones. Entre las funciones que tiene encomendada la AEPD el art. 37.1.a) de la LPOD señala claramente la de “*velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación y oposición*”.

No parece del todo claro que en este supuesto la ADPD haya controlado la aplicación de la legislación ni previamente, mediante la reprobación de tal procedimiento o mediante al emisión de una oportuna Instrucción (art. 37.1.c), ni posteriormente cuando se le ha reclamado tal actuación por parte de los afectados (art. 37.1.d) o dentro del ejercicio de su potestad inspectora (art. 40). Potestad que indudablemente también podía realizar al margen del contenido de cualquier denuncia o de cualquier expediente sancionador abierto.

Incluso hubiera bastado con “*requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de estos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta ley y, en su caso ordenar la cesación y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.*” (Art. 37.1.f)

Nada de esto se hizo por parte de la AEPD antes al contrario se le planteó la posible viabilidad del procedimiento en abstracto y como tal lo permitió. La resolución que se comenta incluso viene a entretener el problema que la prestadora del servicio va a tener a la hora de probar la concreta recepción al no haber prueba de la certeza de la emisión y de la recepción por parte de los destinatarios por lo que se viene a reconocer que no es un procedimiento que otorgue la certeza que el tratamiento de datos personales y el principio del consentimiento exige. Pero este reconocimiento de la falta de certeza probatoria no lo hace para implicar directamente en la solución sino para derivar la cuestión a la vía judicial. Entendemos que la carga de la prueba -sobre si el procedimiento adoptado se llevó a cabo en todos y cada uno de los envíos- correspondía a la operadora sin embargo, no se le exigió ni se investigó sobre la real eficacia del método empleado. Como consecuencia de ello, la AEPD condena también a los abonados no ya a la carga de la prueba –que seguirá recayendo en la prestadora del servicio- sino a la más pesada “carga judicial” que supone verse avocados a demandar judicialmente situaciones no corregidas previamente por la Autoridad de Control en el ejercicio de sus competencias.

#### 4.- Otras cuestiones

4.1.- La directiva 2002/58/CE se refiere tanto al *usuario* como al *abonado* como titulares, ambos, del derecho a la protección de datos. Así, a la hora de regular el consentimiento necesario para la promoción de servicios al margen de la finalidad originaria, la citada directiva hace referencia específica a los usuarios y a los abonados. Así por ejemplo, en el considerando 17 : “*el consentimiento de un usuario o abonado debe tener el mismo significado que el consentimiento de la persona afectada por los datos tal y como lo define la Directiva 95/46/CE. El consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación..... del usuario*”. En el su art. 6 al tratar los datos para fines comerciales y prestación de servicios de valor añadido admiten esa posibilidad: *siempre y cuando el abonado o usuario al que se refieran los datos haya dado su consentimiento*. Por su parte, la LGT de 2003 al señalar el objeto de la misma señala en su art. 3.e). “*defender los intereses de los usuarios*” y el art. El art. 38 LGT regula los “*derechos de los consumidores y usuarios finales*”.

La distinción parece clara, mientras el abonado es la persona con la que la prestadora del servicio ha formalizado el contrato, el Usuario es la “*persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio*” (art. 3 LGT 2003)

La habilitación para disponer del consentimiento tácito sólo aparece regulada para los abonados. Así, el art 65.3 del RD 1736/1998 dispone este literal: “A estos efectos, los operadores deberían dirigirse a los abonados .... requiriendo su consentimiento que, de producirse, será válido hasta que los abonados lo dejen sin efecto de modo expreso. Si en el plazo de un mes desde que el abonado reciba la solicitud, ... DAVARA RODRIGUEZ[13] nos recuerda que el usuario, sin ser abonado “también es objeto de protección cuando la defensa de un derecho fundamental, como es el de la denominada privacidad, se trata, aunque no tenga a relación jurídica contractual que tiene el abonado en un servicio público de comunicaciones, pero que, no por ello, puede ser ignorado en el respeto al tratamiento de sus datos de carácter personal”.

De la citada resolución no se deduce que se haya inspeccionado acerca del tratamiento de datos de los usuarios de líneas de teléfono que no son a la vez abonados (pero que pueden haber cedido datos a la compañía prestadora del servicio: y se encuentran asociados a dicha línea por ejemplo la domiciliación del gasto en una cuenta corriente del usuario o prestaciones accesorias de contratación desde la termina doméstica)

4.2.- La AEPD corrige, sin sancionar tampoco, el hecho de que la operadora procediera de forma independiente para cada número de teléfono de tal forma que si un abonado con varias líneas de teléfono (en la misma o distinta ubicación) recibía la solicitud de consentimiento y contestaba negándose al tratamiento en una de las líneas pero no en las otras se entendía por la operadora que los datos personales podían tratarse por no haber enviado su disconformidad en todas las líneas. La AEPD corrige, como decimos, esta interpretación y dispone que “la negativa de éstos (los abonados titulares de varias líneas) a prestar su consentimiento debe entenderse referida y, por tanto, aplicable a todos sus datos y no sólo a los relacionados con una línea específica. Lo que viene a demostrar –así lo interpreta la AEPD- que no siempre que el abonado calla éste quiere dar su consentimiento (tácito en estos casos) al tratamiento por mucho que se haya realizado conforme al procedimiento “legalmente” establecido.

4.3- La AEPD; evita la sanción de la operadora dando como argumentación –basada las más de las veces en las meras manifestaciones de la denunciada y sin prueba material alguna- que se “ha constatado que no se ha producido ningún tratamiento de datos al amparo de la misma, salvo del de marcar los datos de los abonados que manifestaron su negativa al tratamiento”.

Al margen de que parece no tener en cuenta -ni siquiera para investigar los casos concretos- las denuncias que se presentaron[14], la AEPD parece olvidar que como recuerda la STS de 7 de julio de 2001[15], la infracción se comete por parte de los proveedores no cuando se envía la publicidad con fines comerciales sino cuando, aun sin enviarla, los datos de los abonados y usuarios han sido tratados, *existiendo ya tratamiento con el establecimiento de procedimientos que permitan la recogida de los datos personales* (art. 3 LOPD). En el presente caso, no sólo se llevo a cabo esto sino que también se clasificaron los abonados según habían dado o no el consentimiento e incluso se suscribieron acuerdos de colaboración con terceras empresas[16] para los fines de promoción comercial.

En suma y concluyendo, la AEPD -tan acertada en otras resoluciones y actuaciones- parece que no ha sabido hacer valer los derechos de todos y cada uno de los ciudadanos afectados a pesar de ser la Autoridad Pública de Control de la que se ha dotado nuestro sistema jurídico para velar por la observancia de la ley y para garantizar el derecho de todos ciudadanos a tener el control de sus datos de forma real y efectiva. Es más, lo que debía haber hecho en su momento era señalar las deficiencias de ese procedimiento o, como reclama MARTIN RETORTILLO[17] al tratarse de derechos fundamentales que a todos obligan y son fundamento de la paz social, “adelantarse a fin de adoctrinar y advertir a los eventuales agentes violadores, sean cual sean los medios e instrumentos que manejen o manipulen”.

Terminamos con las palabras contenidas en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2004 –que condenó a la operadora hoy también denunciada[18]- en cuanto suponen un llamamiento a las autoridades públicas a **intensificar la diligencia en materia de protección de datos para hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos que configuran un perfil de la persona,.... Diligencia especialmente intensa para las entidades que, en el ejercicio de su actividad, entran en contacto y manejan un volumen de datos muy elevado como acontece con la recurrente** (y, en el presente caso, denunciada).

Pag.4

[1] Fundamentalmente, en el ámbito comunitario, las siguientes directivas del parlamento europeo y del consejo:: D 1995/46/CE de 24 de octubre (protección de datos personales); D 2000/31/CE de 8 de junio; 2002/58/CE (comercio electrónico) y D 2002/58/CE (privacidad y comunicaciones electrónicas) y en el ámbito nacional: La Ley 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD); la Ley 34/02, de 11 de julio (LSSI) y la Ley 32 /2003 de 3 de noviembre (LGT) y en cuanto declarado vigente, el Real Decreto 1736/1998 de 31 de julio.

[2] Así se permitía en la Directiva 97/66/CE

[3] Considerando 18 de la directiva 2003/58/CE. El art. 2 de la citada directiva define los servicios con valor añadido: “todo servicio que requiere el tratamiento de datos de tráfico o datos de localización distintos de los de tráfico que vayan más allá de lo necesario para la transmisión de una comunicación.

[4] La directiva 2003/58/CE lo circunscribe a la “promoción comercial de comunicaciones electrónicas” (art. 6)

[5] En lo que no se oponga a la misma (D. T. 1 ley 32/2003)

[6] "las guías de servicios de telecomunicaciones y la protección de Datos" III jornadas Sobre informática y Sociedad. Univ. Comillas ICAI-ICADE 2001 Recoge esta opinión Lorenzo MARROIG POL "el tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones" . Premio Agencia de Protección de datos . 2001

[7] Dictamen núm. 2456/97 de 22 de mayo de 1997 de la Comisión permanente.

[8] STC 292/2000, de 30 de noviembre.

[9] Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo. Tomo II, capítulo XVI

[10] Lorenzo MARTIN RETORTILLO lamenta esta "ventaja al operador" a la hora de interpretar la falta de respuesta "Secreto de las comunicaciones y protección de datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de telecomunicaciones" Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Civitas 1999 (arts. 49 a 51).

[11] Y la STSJ Madrid de 23 de abril de 2003 en el mismo sentido al disponer que "*Pese a que la prestación del consentimiento consciente e informado no parece mostrarse en el tráfico ordinario sino, por lo común, en su forma expresa, la hipotética admisión del consentimiento tácito, que es lo que propugna la recurrente, requeriría en todo caso su manifestación a través de actos concluyentes. Pues bien, no hay acto alguno del titular de los datos que pueda identificarse con la prestación de su voluntad de ser incluido en un fichero con fines de publicidad. Del acto de remitir un cupón para participar en un sorteo sólo puede inferirse el deseo de participar en éste, pero nunca el de ser incluido en un fichero automatizado*".

[12] Son denunciantes, entre otras: la Comisión de Libertades e Informática-CLI (formada a su vez por la Confederación española de Consumidores y Usuarios-CECU; la UGT; CC.OO; a Asociación de Doctores y licenciados de Informática-ALI; La Asociación española Pro Derechos Humanos de España-APDHE; la Asociación de Internautas-AI; o la Federación de asociaciones para la defensa de la sanidad Pública); La Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía-FACUA; Union de Consumidores de Catalunya; el Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón; la Consejería de Salud y Bienestar de Ceuta y, como decimos varias decenas de denunciantes particulares.

[13] DAVARA RODRIGUEZ, M.A. "*la protección de datos personales en el sector de la comunicaciones*" ICAI ICADE- Universidad de Comillas. 2000. Define al "abonado" como la persona física o jurídica que sea parte de un contrato con el proveedor en un servicio público de telecomunicaciones para la prestación de tales servicios" y al "usuario" como la persona que utiliza un servicio público de telecomunicaciones con fines privados o comerciales, aunque no haya contratado dicho servicio.

[14] En relación a campañas anteriores a las que la AEPD limita su resolución. El autor de esta líneas hizo constar expresamente a la propia AEPD la falta de recepción en su caso de la comunicación de la operadora denunciada que aseguraba haber recibido y que le sirvió en ese caso para que la misma no solo tratara mis datos personales sino también cediera los mismos a otras empresas del grupo por lo que fue sancionada administrativamente y condenada judicialmente (Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2004). Pero tampoco en este caso la AEPD reprobó tal método de recabar el consentimiento ni sancionó por este motivo al hacer "oídos sordos" al origen del problema.

[15] Repertorio de Legislación y Jurisprudencia sobre protección de datos" Agencia de Protección de datos de la Comunidad de Madrid. 2004

[16] Se hace referencia por los servicios de inspección al convenio suscrito con Seguritas Direct España, S.A.

[17] Obra citada

[18] Ya recogidas en su día en "Interpretación de la Ley Orgánica de Protección De Datos Personales conforme a la Constitución (Comentario a la Sentencia de 11 de febrero de 2004 de la Audiencia Nacional)" Revista Jurídica ARANZADI Aranzadi nº 618 de 1 de abril de 2004. En dicha Sentencia se estima por la AN que no procede a favor de la operadora una disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, "toda vez que la entidad recurrente realiza una actividad que por su naturaleza, alcance, implantación, volumen de datos personales en sus ficheros, y su habitualidad en el manejo, hacen que deba de extremarse el cuidado en el tratamiento y cesión ajustando su práctica a las previsiones legales, pues, como hemos señalado, está en juego la salvaguarda de un derecho fundamental".