

Criterio de la AEPD en la Circular 1/2023 sobre el envío de llamadas comerciales en la reforma de la Ley General de Telecomunicaciones

Junio 2023

El 28 de junio de 2023 se ha publicado la Circular 1/2023 de 26 de junio, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante la "Circular") de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, "AEPD") sobre la interpretación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGT").

1. ¿Cuál es el principal objetivo de la Circular 1/2023?

La Circular tiene por objetivo fijar los criterios de la AEPD en la aplicación de la normativa de protección de datos personales en relación con el artículo 66.1 b) LGT, sobre la realización de llamadas comerciales.

La actual LGT establece **el derecho de los usuarios finales** de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración **a no recibir llamadas no deseadas con fines de carácter comercial**. No obstante, la anterior redacción establecía que el usuario final tendría derecho "*a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial*" y "*a ser informado de este derecho*".

Ante las dudas interpretativas surgidas, el Gabinete Jurídico de la AEPD emitió el informe 40/2023 sobre la aplicabilidad de otras posibles bases legitimadoras recogidas en el artículo 6.1. del RGPD en las que podría ampararse este tratamiento y, específicamente, en el interés legítimo. Como consecuencia de este informe, se procedió a la elaboración de esta Circular, con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica en la realización de este tipo de llamadas.

Cabe señalar que los requisitos de la citada modificación de la LGT de conformidad con lo previsto en el apartado segundo de su disposición final sexta entrarán en vigor en el plazo de un año, a contar desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (esto es el 29 de junio de 2023).

2. ¿Cuáles son los principales criterios interpretativos de la AEPD en la Circular 1/2023?

2.1. Ámbito de aplicación

El artículo 66.1.b) prevé la aplicación del derecho a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial a todos los usuarios finales. Por lo tanto, como se aclara en el objeto de la Circular, esta restricción es de aplicación "*independientemente del sector al que pertenezca el responsable*".

En definitiva, **cualquier empresa que pretenda hacer llamadas comerciales deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en la Circular**.

2.2. Consentimiento para llamadas a números aleatorios y a usuarios que consten en guías de abonados

La Circular determina la prohibición general de realizar llamadas comerciales a cualquier abonado, incluso empleando números generados de forma aleatoria. Así mismo, prohíbe llamar a los usuarios que figuren en guías de abonados sin su consentimiento previo (que deberá constar, con carácter general, en las correspondientes guías).

Es especialmente curiosa la justificación en el caso de las numeraciones aleatorias, ya que se justifica por el hecho de *“no poder valorarse en estos supuestos, dada la ausencia de otros datos personales, la posible prevalencia de los intereses, derechos y libertades de los afectados”*, cuando precisamente, por no conocerse los datos del titular, no parece viable contar con su consentimiento previo.

2.3. Uso de interés legítimo para llamadas comerciales no deseadas

La AEPD determina que presumirá válido el tratamiento cuando exista una relación contractual previa, estableciendo una presunción iuris tantum de prevalencia del interés legítimo en el caso de clientes de la compañía, cuando las llamadas comerciales se refieran a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. **Esta presunción no ampara la comunicación a otras entidades del mismo grupo empresarial, siendo necesario el consentimiento previo del usuario.**

En definitiva, y, al existir *“identidad de razón”*, se mantiene el régimen establecido en el art. 21.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSICE), para el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

Al respecto, y, en cualquier caso, la AEPD **ratifica la obligación del responsable del tratamiento de realizar, antes del inicio del tratamiento y atendiendo a las categorías de afectados, la correspondiente ponderación de los derechos e intereses en conflicto** (aunque esta obligación resulta superflua cuando ya se cuenta con una presunción iuris tantum establecida por la propia AEPD).

En el marco de dicha ponderación, la Circular refiere que **no presumirá lícito el tratamiento, salvo prueba en contrario**, al no apreciar la existencia de una expectativa razonable de los interesados **en los supuestos en los que no exista una relación contractual vigente, solicitud o interacción previa y que sea realizada durante el último año por parte del interesado con el responsable**, asimismo, matizar que este plazo específico para realizar contactos telefónicos es una de las principales diferencias respecto a la ausencia de plazo en el régimen establecido en la LSSICE y que no parece tener una fundamentación clara, por cuanto es la propia AEPD quien estima la analogía entre la Circular y la LSSICE, para posteriormente hacer una interpretación todavía más restrictiva que la de la propia norma en la que se recogen las limitaciones.

Por lo tanto, la Circular no excluye la posibilidad de que puedan realizarse llamadas en supuestos distintos, pero **traslada a los responsables del tratamiento la carga de la prueba sobre la prevalencia del interés legítimo**, algo que no deja de ser la norma general en todos los casos, por lo que parece más una advertencia sobre su predisposición a interpretar que no es viable una ponderación positiva en otros supuestos.

Queda por discernir que ha de interpretarse por *“interacción previa”* (terminología ambigua en un texto que pretende la seguridad jurídica), que además se condiciona a que sea realizada por parte del interesado, algo que requerirá de la capacidad para poder evidenciarlo por parte del responsable.



También se aclara, como se ha indicado previamente, que es lícito el tratamiento con este fin cuando los destinatarios sean las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica o empresarios individuales y profesionales liberales con base en el artículo 19 de la LOPDGDD.

2.4. Consulta a sistemas de exclusión publicitaria (Lista Robinson)

La Circular prevé que se deberán consultar los sistemas de exclusión publicitaria en los casos y términos previstos en el art. 23 de la LOPDGDD. En este sentido, y, atendiendo a la interpretación de la norma, **únicamente se deberán consultar dichos sistemas si el usuario no ha dado su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla.**

Con lo anterior, se deduce que, en aquellos supuestos en los que las llamadas comerciales se dirijan a clientes o a antiguos clientes y se realicen en base al interés legítimo, incluso dentro del período de 1 año anteriormente indicado, se deberán consultar igualmente los sistemas de exclusión publicitaria con carácter previo.

Esto supone de facto, una modificación sustancial de los motivos que originariamente justificaron la existencia de estos sistemas, ya que al condicionarse ahora de forma general (por medios electrónicos o telefónicos) la posibilidad de ponerse en contacto con potenciales clientes, la lista solo opera con relación a clientes (donde hasta la fecha la propia AEPD en su página web interpretaba que no era necesaria su consulta) o exclientes con menos de un año de antigüedad. Esto, unido a la posibilidad de oponerse al tratamiento en cualquier momento y de ser informado de ello en cada llamada, hace que los beneficios de darse de alta en estos ficheros se minimicen.

2.5. Otras garantías adicionales

Por último, en la Circular se incluyen otras garantías específicas que deberán adoptarse, en concreto: (i) **informar sobre al inicio de la llamada sobre la identidad del empresario, la finalidad comercial de la llamada y la posibilidad de revocar el consentimiento o ejercer el derecho de oposición;** (ii) **cualquier manifestación inequívoca del usuario contraria a la recepción de llamadas significará la revocación del consentimiento o el ejercicio del derecho de oposición;** y (iii) **la grabación de las llamadas como medio para demostrar el cumplimiento de la normativa de protección de datos.**

3. Conclusiones

Teniendo en cuenta todo lo anterior, queda lejos una interpretación taxativa de que las llamadas comerciales no deseadas solo quedaran sujetas al consentimiento del usuario. La AEPD aclara que pueda usarse otras bases como el interés legítimo, aunque sí que es cierto que no dicta recomendaciones u orientaciones sobre la manera esperada de realizar la ponderación de intereses que requiere dicho precepto legal.

En la misma línea, la AEPD excluye del ámbito de aplicación de la Circular tratamientos conexos como la obtención de los datos, las llamadas comerciales no deseadas a potenciales clientes o el perfilado.

En definitiva, la Circular implica cambios sobre cómo los distintos agentes del mercado podrán llevar a cabo las llamadas comerciales, así como, la adopción de determinadas obligaciones a fin de cumplir con la misma.

Quedamos a su disposición para cualquier duda o cuestión que pudiera surgir.

Reciba un cordial un saludo,



Área de Protección de Datos y Privacidad de ECIJA

info@ecija.com

Telf: + 34 91.781.61.60