

Nota informativa: La AEPD hace público en el proyecto de Circular 1/2023 su interpretación sobre el envío de llamadas comerciales recogida en el art. 66.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones

Mayo 2023

El pasado 26 de abril de 2023 se inició el **trámite de audiencia e información pública** sobre el proyecto de **Circular 1/2023** (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**") en la que traslada su interpretación sobre el citado artículo para que los interesados tengan la oportunidad de pronunciarse, hasta el 22 de mayo de 2023.

(I) ¿Cuál es el principal objetivo de la Circular 1/2023?

La Circular tiene por objetivo fijar los **criterios de actuación de la AEPD en la aplicación de la normativa sobre protección de datos** en relación con la aplicación del artículo 66.1 b) LGTel, en relación al **régimen jurídico aplicable al tratamiento consistente en la realización de llamadas comerciales** respecto de la derogada Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

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, "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"** (en adelante, "**RGPD**").

La anterior redacción reconocía una legitimación indirecta, ya que 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*". Por tanto, aunque la norma no lo regulaba expresamente, daba por sentado que podían realizarse este tipo de llamadas.

La **modificación operada en la norma había generado dudas** en torno a si con la nueva redacción podría entenderse que la realización de estas llamadas continuaba siendo factible, o si sería necesario un consentimiento para llevar a cabo este tratamiento.



Ante estas dudas interpretativas, **el Gabinete Jurídico de la AEPD ha emitido el informe 40/2022 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 este proyecto de Circular, **con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica en la realización de este tipo de llamadas, cuyo régimen afecta directamente a la actividad comercial de un gran número de compañías y, consecuentemente, al sector empresarial dedicado a la prestación de este tipo de servicios**, principal afectado por la interpretación de la normativa que conforme a la disposición final sexta de la citada LGTel, que entrará en vigor en el plazo de un año, a contar desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (que se cumplirá el 29 de junio de 2023).

(ii) ¿Cuáles son los principales criterios interpretativos de la AEPD en el proyecto de la Circular 1/2023?

*El contenido de la Circular prevé su aplicación en relación con el **derecho de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial.***

Este punto es determinante, dada cuenta que la AEPD no hace referencia alguna a que esta limitación se encuentre dirigida exclusivamente a las empresas de telecomunicaciones afectadas por el ámbito de aplicación de la LGT, sino que, en principio, sería oponible ante cualquier entidad que pretenda hacer campañas por este medio, tratándose por tanto de un derecho de los ciudadanos frente a cualquier entidad que realice llamadas comerciales de este tipo.

Es decir, **la restricción de las llamadas comerciales afectaría a cualquier entidad que pretenda realizarlas**, y no únicamente a aquellas comprendidas en el ámbito de aplicación de la LGT.

La AEPD ratifica que es posible llevar a cabo el tratamiento cuando exista consentimiento previo del usuario (que precisa ha de cumplir las exigencias del RGPD) o cuando concurra otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del RGPD. Entre las que se incluye en interés legítimo.

Al respecto, 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, documentada y a disposición de la AEPD.



Adicionalmente, **la AEPD interpreta que es lícito el tratamiento cuando existe una relación contractual previa**. Por tanto, el tratamiento sería lícito 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. Por lo tanto, se mantendría un régimen similar al vigente hasta el momento dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, para el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

También, se aclara que **es lícito el tratamiento a tal fin de los datos con este fin cuando los destinatarios sean las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica o empresarios individuales y profesionales liberales** en base al artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

La AEPD ratifica la **obligatoriedad de la consulta previa de los sistemas de exclusión publicitaria**, así como de garantizar el pleno cumplimiento del deber de **transparencia** y el establecimiento de un **procedimiento sencillo para el ejercicio del derecho de oposición**, con las exigencias de la normativa sobre protección de datos.

Esta mención es relevante, dado que una interpretación más restrictiva de la posibilidad de amparar este tratamiento en el interés legítimo haría prácticamente innecesaria la consulta a esta lista, si se considerase que siempre es necesario un consentimiento.

Por otro lado, la necesidad de consultar la lista incluso en el caso de clientes un cambio de criterio de la propia AEPD, que todavía expone en su página web que esta lista sirve para *"evitar las llamadas telefónicas dirigidas a promocionar los productos o servicios de empresas a las que no has prestado tu consentimiento para que te hagan publicidad o de las que no eres cliente"*.

(iii) ¿Qué no aclara la Circular 1/2023 en protección de datos?

Como se ha indicado, la Circular **se pronuncia expresamente sobre los casos del tratamiento de llamadas comerciales dirigido a clientes y sobre el tratamiento de los datos de personas que presenten servicios en una persona jurídica, empresarios individuales y profesionales liberales**;

Sin embargo, **ni la Circular (ni el informe jurídico previo) se pronuncian y, de hecho, lo excluyen expresamente, sobre la posible prevalencia del interés legítimo en relación con cualesquiera otros tratamientos distintos a los mencionados**, tales como la propia obtención



de los datos de contacto o la realización de tratamientos de perfilado de los contactos y su segmentación, aunque tampoco se descarta que sea aplicable.

Pero, sobre todo, **se hecha en falta que se pronuncie sobre el que puede ser el cambio normativo más trascendente, que no es otro que la posibilidad de realizar este tipo de llamadas a potenciales clientes**. Puesto que, antes, esta posibilidad se presumía en la norma (siempre que los datos se obtuviesen de forma lícita), pero ahora depende de que se interprete si existiese o no un interés legítimo preponderante.

En realidad, gran parte de la interpretación contenida en el informe jurídico y en la Circular ya estaban recogidos en el informe jurídico 195/2017 de la propia AEPD, **por lo que sería deseable que la AEPD ampliase su análisis y el contenido de la Circular a los supuestos de llamadas a potenciales clientes**, como medio para evitar que la inseguridad jurídica continúe afectando a esta actividad comercial.

Tampoco se aclara, más allá de las consideraciones sobre su existencia en el caso de clientes, cómo ha de realizarse la ponderación entre los intereses de los responsables y los derechos de los interesados, de cuyo resultado depende, en gran medida, la supervivencia de muchos de los actores de este mercado, lo que, de nuevo, deja abierta la puerta para que la AEPD pueda llevar a cabo procesos sancionadores sometidos a criterios no definidos previamente por su parte.

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