

Tratamiento de datos en el sector de las telecomunicaciones

Jesús Rubí Navarrete

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LA DIRECTIVA 2002/58/CE.—3. LA LEY 32/2003, DE 3 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de garantías en el tratamiento de datos personales en el sector de las telecomunicaciones se articula en torno a una disposición de naturaleza horizontal como es la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Directiva 95/46/CE)¹, y a una norma sectorial que, en este momento, es 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 2002/58/CE)².

La relación entre ellas aparece claramente delimitada en el artículo 1 de la Directiva 2002/58/CE. Su apartado 1 explicita su carácter sectorial y complementario al señalar que «la presente Directiva armoniza las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales

¹ DOL 281, de 23-11-95.

² DOCEL 201/37, de 31 de julio de 2002.

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».

Y su apartado 2 insiste en la complementariedad de la Directiva sectorial con la horizontal al disponer expresamente que sus disposiciones «especifican y completan la Directiva 95/46/CE».

Este carácter complementario se reitera, en términos generales, en el artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE, según el cual, «salvo disposición en contrario, serán de aplicación a efectos de la presente Directiva las definiciones que figuran en la Directiva 97/46/CE...», así como, puntualmente, en diversos preceptos de su articulado (arts. 5.3; 13.2; 15.1, 2 y 3).

La complementariedad entre ambas disposiciones se desprende, también, claramente de los considerandos de la Directiva 2002/58/CE. En este sentido es de destacar el considerando (10), por cuanto que en él se contienen dos declaraciones básicas. La primera consiste en la afirmación rotunda de que la Directiva 95/46/CE es de aplicación en el sector de las comunicaciones electrónicas, lo que supone que el régimen de principios y derechos recogidos en dicha norma es de aplicación directa en este ámbito, integrando la regulación sectorial. La segunda viene a configurar la Directiva 95/46/CE como una norma supletoria al prever que será de aplicación «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 la presente Directiva (2002/58/CE), incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento de los datos y los derechos de las personas»; añadiendo específicamente que aquella Directiva «se aplica a los servicios de comunicaciones electrónicas que no sean de carácter público». Aclaración muy oportuna a la vista del ámbito de aplicación de la Directiva sectorial, como luego se señalará.

Además de la declaración genérica que se ha expuesto, son numerosas las referencias a la Directiva 95/46/CE en diversos considerandos de la Directiva sectorial, entre los que cabe citar los considerandos (12), (17), (20), (32), (46) y (48). El considerando (17) resulta particularmente importante ya que se refiere al principio básico del consentimiento, señalando que, a los efectos de la Directiva sectorial, la exigencia del consentimiento debe tener el mismo significado que el previsto en la Directiva 95/46/CE. No obstante, esta afirmación de principio no siempre resulta congruente con las declaraciones de otros considerandos, como sucede, específicamente, respecto de las comunicaciones comerciales no deseadas con el considerando (40).

2. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LA DIRECTIVA 2002/58/CE

La Directiva 2002/58/CE presenta como novedad más relevante la de basarse en el principio que denomina de neutralidad tecnológica.

La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones

ha contado con un precedente relativamente reciente como es la Directiva 97/66/CE³.

Una parte importante de las previsiones de esta última Directiva han sido de nuevo recogidas y reiteradas en la vigente Directiva 2002/58/CE. Sin embargo, la Directiva de 1997 adolecía de una deficiencia de carácter estructural: su vinculación a determinadas tecnologías, lo que determinaba que el sistema de garantías previsto en ella, aun siendo en términos generales adecuado y preciso, no permitiera su extensión a nuevos fenómenos tecnológicos y, especialmente, a los vinculados a Internet.

La nueva Directiva del año 2002 pretende eludir esta deficiencia estructural tratando de ser tecnológicamente neutral, a cuyo efecto diseña un régimen de protección que pueda ser aplicable con independencia de la tecnología que se utilice. Así lo reconoce expresamente su considerando (4), que, tras señalar que la Directiva 97/66/CE aplica los principios horizontales de la protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones, afirma que la misma «debe ser adaptada al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas para que el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público sea el mismo, con independencia de las tecnologías utilizadas». Y concluye el considerando citado con la rotunda declaración de que «procede, pues, derogar dicha Directiva y sustituirla por la presente».

Este reconocimiento de la imperiosa necesidad de establecer un sistema tecnológicamente neutro se reitera en declaraciones específicas contenidas en los considerandos (5) a (7), concluyendo con la afirmación básica recogida en el considerando (8) de que esa neutralidad tecnológica en la protección de los datos personales, de la intimidad y de los intereses legítimos de las personas jurídicas resulta imprescindible «a fin de evitar obstáculos para el mercado interior de las comunicaciones electrónicas de conformidad con el artículo 14 del Tratado». En este sentido, no debe olvidarse que la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de los datos personales, esencial para la consecución del mercado interior, constituye el título que legitimó la aprobación de la Directiva 95/46/CE —vid. sus considerandos (2) a (8)—.

La garantía de la neutralidad tecnológica en la protección de los datos personales se apoya, básicamente, en el concepto de comunicación electrónica. La Directiva define la «comunicación» como «cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público» (art. 2). Se trata, por tanto, de una definición extraordinariamente amplia que pretende ser aplicable a cualquier tecnología y partiendo de ella se articula el régimen de protección.

Junto con la citada novedad, de naturaleza estructural, la Directiva

³ *DOL* 24, de 30-1-98.

2002/58/CE aporta otras tales como las relacionadas con la regulación de nuevos servicios y la ampliación de los derechos de los usuarios.

El ámbito de aplicación de la Directiva se circunscribe al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas en la Comunidad, no siendo aplicable «a las actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, como las reguladas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea, ni, en cualquier caso, a las actividades que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico cuando dichas actividades estén relacionadas con la seguridad del mismo) y a las actividades del Estado en materia penal» (art. 1).

Atendiendo a la definición de «comunicación» contenida en su artículo 2.d), tampoco es aplicable a «la información conducida, como parte de un servicio de radiodifusión al público, a través de una Red de comunicaciones electrónicas, excepto en la medida en que la información pueda relacionarse con el abonado o usuario identificable que recibe la información». El significado de esta farragosa expresión se encuentra en el considerando (16) de la Directiva, en el que se aclara que la información que forma parte de un servicio de radiodifusión dirigido a una audiencia potencialmente ilimitada no constituye una comunicación a los efectos de la Directiva, salvo en los casos en los que, como sucede con los servicios de vídeo a la carta, es posible identificar al abonado o usuario individual que recibe la información, en cuyo caso quedan incluidos en el ámbito de la Directiva.

El artículo 3 complementa el ámbito de aplicación de la Directiva al delimitar los servicios afectados, que son los que impliquen el tratamiento de datos personales en «la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Comunidad». No obstante, la aplicación de algunos de sus preceptos, como los de los artículos 8, 10 y 11, está condicionada a la tecnología disponible, resultando aplicable a las líneas de abonado conectadas a centrales digitales. Por el contrario, en las conectadas a centrales analógicas sólo se aplicarán cuando sea técnicamente posible y no exija un esfuerzo económico desproporcionado, si bien esta circunstancia debe ser apreciada por los Estados miembros y notificada a la Comisión Europea.

Conforme se ha expuesto, el régimen de garantías de la Directiva no se aplica a los servicios de comunicaciones electrónicas que no sean de carácter público. Ahora bien, esta circunstancia no determina que el tratamiento de datos personales en tales casos esté exento de protección ya que, de acuerdo con el considerando (10) y la declaración de los artículos 1.2 y 2, será de aplicación a los mismos el sistema general de garantías contenido en la Directiva 95/46/CE.

A continuación se describen los aspectos esenciales del régimen de protección de la Directiva 2002/58/CE.

En materia de seguridad obliga a los proveedores de servicios a adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservarla y a informar a

los abonados de los riesgos particulares de violación de la seguridad de la red (art. 4).

Reitera el principio de confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados a ellas, sin consentimiento de los usuarios, salvo cuando se realicen por personas legalmente autorizadas que deban adoptar una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la defensa y la seguridad pública o para la prevención, investigación, descubrimiento y prevención de delitos. Junto a ellas permite la grabación legalmente autorizada de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados cuando se lleven a cabo en el marco de una práctica comercial lícita con el fin de aportar pruebas de una transacción o cualquier otra comunicación comercial (arts. 5 y 15.1).

En relación con los datos de tráfico (art. 6) de los abonados o usuarios, la Directiva establece la regla general de que deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando dejen de ser necesarios para la transmisión de una comunicación.

Sin embargo, esta regla general presenta dos importantes excepciones que, por su carácter limitativo de derechos, deberán ser interpretadas restrictivamente.

La primera se refiere al tratamiento de los datos de tráfico necesarios para la facturación a los abonados y para el pago de las intercomunicaciones, el cual podrá realizarse hasta la expiración del plazo durante el que pueda impugnarse legalmente la factura o exigirse el pago.

La segunda excepción es muy relevante porque posibilita un tratamiento de los datos de tráfico que permite a los proveedores de servicios elaborar perfiles sobre la conducta de los abonados y de los usuarios. Así, el artículo 6.3 admite que los proveedores puedan realizar dicho tratamiento para la promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios con valor añadido. En este punto, la Directiva introduce una importante novedad respecto a la Directiva 97/66/CE, por cuanto que esta última sólo permitía el tratamiento de los datos de tráfico para la promoción comercial de los servicios del propio operador y no de terceros, ni siquiera cuando estos últimos eran empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

En todo caso, este tratamiento de los datos sólo podrá realizarse cuando los abonados o los usuarios hayan dado su consentimiento, que puede ser revocado en cualquier momento.

Respecto a los efectos de la negativa a autorizar el tratamiento de los datos de tráfico para la promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas, debe traerse a colación una cuestión que se planteó estando vigente la Directiva 97/66/CE, que resulta perfectamente trasladable a una nueva regulación. Bajo la expresión «promoción comercial de servicios» caben, sin duda, dos tipos de tratamiento diferenciados: el tratamiento de datos para analizar la conducta de los abonados y usuarios dirigido a la definición de nuevos servicios, y el realizado para enviar personalizada-

mente comunicaciones comerciales sobre los que, previamente, se hayan definido.

Pues bien, en la experiencia de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) se han planteado dudas sobre el alcance de la negativa de los abonados a que se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de tráfico para aquellas finalidades.

Así, algunos operadores han considerado que la negativa del abonado producía como único efecto el que no se le pudieran dirigir comunicaciones promocionales sobre nuevos productos o servicios, pero permitiendo el tratamiento de sus datos de tráfico y facturación para la definición de tales productos y servicios.

La AEPD ha discrepado de esta interpretación entendiendo que la negativa despliega sus efectos sobre ambos aspectos, de forma que sus datos de tráfico y facturación no podrán ser tratados para la definición de productos y servicios, criterio que apoya no sólo en la intromisión en la intimidad que supone dicho tratamiento al posibilitar la elaboración de perfiles personales, sino también en la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Sólo podrán efectuar estos tratamientos las personas que se ocupen de la facturación y de la gestión del tráfico, de la información a los clientes, de la detección de fraudes o de la promoción comercial de los servicios. En el caso español, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento de Medidas de Seguridad, aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, esta obligación deberá traducirse en el documento de seguridad contemplado en dicho precepto, mediante la delimitación de funciones de las personas que puedan llevarlo a cabo.

En cuanto a la facturación, los abonados tienen derecho a no recibir facturas desglosadas. Si desean recibir las deben tener la posibilidad adicional de que existan alternativas que concilien el derecho a la factura desglosada con la protección de la intimidad, como podría ser la exclusión de algunos datos de las comunicaciones realizadas, de forma que se conozca el tipo de comunicación pero no su plena identificación (art. 7).

Una novedad particularmente relevante de la Directiva es la de incluir una regulación específica de los que denomina «datos de localización distintos de los datos de tráfico» (datos de localización). Se trata de los datos que indican la posición geográfica del equipo terminal del usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas. Su tratamiento es, evidentemente, necesario para hacer posible la transmisión de las comunicaciones, en cuyo caso deben ser considerados datos de tráfico. Sin embargo, las redes móviles digitales pueden tener la capacidad de tratar datos de localización más precisos que se utilizan para la presentación de servicios de valor añadido, como son los que facilitan información sobre el tráfico y orientaciones individualizadas a los conductores —considerando 35—.

Su tratamiento puede, por tanto, suponer una vulneración de la intimidad y del derecho a la protección de los datos personales.

Por ello, el tratamiento de estos datos sólo puede realizarse con el consentimiento previo de los abonados o usuarios, que será revocable en todo momento.

Para obtenerlo deberá informarse antes sobre el tipo de datos tratados, la finalidad y duración del tratamiento y si los datos se transmitirán a terceros para la prestación de servicios con valor añadido.

E, incluso en el caso de que se preste el consentimiento, el abonado o el usuario debe tener la posibilidad, por un procedimiento sencillo y gratuito, de rechazar temporalmente el tratamiento de estos datos en cada conexión a la red o en cada transmisión de una comunicación.

También en estos casos se impone la restricción consistente en que sólo puedan llevar a cabo el tratamiento las personas que trabajen para el proveedor de servicios, o para el tercero que preste servicios con valor añadido, debiendo limitarse a lo necesario para la prestación del servicio.

El desarrollo tecnológico en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas ha posibilitado que los equipos terminales ofrezcan información que permite identificar la línea de origen —desde la que se realiza la comunicación— o la línea conectada —a la que se efectúa la comunicación—.

Esta posibilidad puede afectar a la intimidad de los ciudadanos, que deben tener la opción de poder garantizar su anonimato respecto de sus interlocutores. La Directiva incorpora mecanismos para garantizar la no identificación de quienes efectúan o reciben las comunicaciones electrónicas. Estos mecanismos pueden activarse, a decisión del abonado o del usuario, por medio de dos posibilidades: excluyendo la identificación de la línea en todas las comunicaciones que se generen o excluirla en cada comunicación que se realice o se reciba, a voluntad del usuario del terminal. En el primer caso, el abonado debe comunicar al proveedor del servicio su voluntad de excluir la identificación de la línea de origen para todas las comunicaciones que se realicen desde aquélla. En el segundo caso, el proveedor debe ofrecer la posibilidad de que, mediante un procedimiento sencillo y gratuito —por ejemplo, realizando una marcación abreviada en el propio terminal—, se excluya dicha identificación en cada llamada que realice. Esta última opción debe ofrecerse también para excluir la identificación de la línea conectada.

Lógicamente, la voluntad de excluir la identificación tiene limitaciones. Así, el receptor de una comunicación no identificada debe tener la posibilidad de rechazarla antes de establecer la comunicación. Igualmente, la norma admite la posibilidad de identificar la línea de origen cuando el receptor reciba llamadas molestas o maliciosas y, especialmente, en los casos en que las comunicaciones no identificadas se realizan a servicios de urgencia como la policía, los bomberos, los servicios de ambulancia u otros de naturaleza análoga.

La Directiva también contempla el derecho de los abonados a poner fin, por un procedimiento sencillo y gratuito, al desvío automático de llamadas a su terminal por parte de un tercero, deteniendo las llamadas desviadas a su terminal mediante una simple solicitud al proveedor del servicio.

La información personal que figura en las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas en los servicios de información sobre las mismas es objeto de una regulación imprecisa. Se exige a los Estados miembros que velen porque los abonados tengan la oportunidad de decidir si sus datos personales figurarán o no en las guías, pero no se concreta con precisión el contenido de este derecho. Ello es así por cuanto que no resulta claro si la posibilidad de figurar en las guías dependerá de una decisión previa del abonado, de forma que sólo figuran en las guías aquellos que así lo manifiesten, o, por el contrario, sus datos se incluirán inicialmente en aquéllas, siendo excluidos de las guías únicamente quienes manifiesten su voluntad en este sentido.

Pese a la falta de precisión del artículo 12 de la Directiva, el análisis de su considerando (38) parece indicar que la decisión sobre la inclusión en la guía ha de ser previa. En efecto, el citado considerando parte del reconocimiento de la gran difusión y el carácter público de las guías de abonados. Y afirma que, por ello, «el derecho a la intimidad de las personas físicas y el interés legítimo de las personas jurídicas exigen que los abonados puedan decidir sus datos personales en dichas guías y, caso de hacerse públicos, cuáles de ellos».

Este reconocimiento de que la posibilidad de decidir afecta al propio hecho de que los datos sean o no públicos implica que la decisión deba adoptarse con carácter previo a su inclusión y no limitarse a una decisión dirigida sólo a excluirse de la guía.

Esta disyuntiva tiene una gran importancia en nuestro sistema jurídico si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 3.j) de la LOPD, los datos que figuren en las guías tienen la consideración de datos obtenidos de fuentes accesibles al público, lo que implica que pueden ser utilizados sin el consentimiento de los abonados. De ahí que ésta sea una de las principales fuentes que utilizan las empresas del sector de la publicidad para la obtención de datos personales. Si bien la LOPD limita la posibilidad de utilizar estos datos, al establecer que perderán la condición de fuente accesible al público cuando se produzca una nueva edición de la guía, si es impresa, o en el plazo de un año a contar desde el momento en que se obtuvieron los datos, si la información de las guías ha sido accesible por medios telemáticos.

En todo caso, antes de ser incluidos en las guías, los abonados deben ser informados gratuitamente sobre los fines de las mismas y sobre cualquier otra posibilidad de uso basada en funciones de búsqueda incorporadas a las versiones electrónicas de la guía. Esta previsión abre la posibilidad a la existencia de las denominadas «guías inversas», en las que, a partir del número identificativo de la línea contratada, se puede obtener información sobre quién es el abonado al que corresponde; siempre que se obtenga un consentimiento específico del abonado. Éste podrá, también, decidir qué datos han de figurar en las guías y comprobar, corregir o suprimir tales datos.

Respecto de las comunicaciones comerciales no solicitadas, el artículo 13 de la Directiva prohíbe la utilización de sistemas de llamada automática sin

intervención humana, fax o correo electrónico con fines de venta directa a los abonados que no hayan dado su consentimiento previo. Esta disposición reitera la prohibición establecida en la Directiva de 1997, aunque ampliándola a otras modalidades de comunicación como son las realizadas a través del correo electrónico o mensajes SMS, entre otras.

Sin embargo, se admite una excepción a la misma consistente en la posibilidad de realizar lícitamente tales comunicaciones cuando se haya obtenido la dirección o correo electrónico en el marco de la venta de un producto o la prestación de un servicio y se utilicen para la promoción de productos o servicios de características similares de la propia empresa. Ahora bien, el afectado debe contar con la posibilidad de oponerse en todo momento a la utilización de sus señas electrónicas, sin cargo alguno y de manera sencilla.

Complementariamente, se prohíbe el envío de mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule u oculte la identidad del remitente o que no contengan una dirección válida a la que poder enviar una petición para que cesen tales comunicaciones.

Finalmente, la Directiva considera que los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas y la información almacenada en los mismos forman parte de la esfera privada que debe ser protegida, por lo que las denominadas *cookies* u otros «programas espía» sólo podrán utilizarse si se informa previamente al abonado o usuario, de forma clara y completa, sobre su existencia y los fines del almacenamiento de datos y se le ofrece la posibilidad de negarse a dicho tratamiento. Se exceptúan de esta regla los casos en que el almacenamiento sea necesario para efectuar la transmisión de la comunicación o para facilitar el acceso a los servicios, cuando el usuario lo haya solicitado.

De otro lado, la Directiva 2002/58/CE ha supuesto una ampliación de las garantías de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas frente a las que les reconocía la Directiva 97/66/CE.

Los abonados son las personas físicas que celebran un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios, mientras que los usuarios son las personas físicas que utilizan con fines privados o comerciales dichos servicios, sin que necesariamente hayan establecido una relación contractual con el proveedor de los mismos.

Pues bien, la Directiva 2002/58/CE ha equiparado en gran medida los derechos de unos y otros. Así, considera a los usuarios titulares de importantes garantías que les estaban vedadas con la anterior normativa, como es la relativa a la obtención de su consentimiento informado para el tratamiento de los datos de tráfico y facturación con fines de promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas. También les equipara a los abonados en algunas de las nuevas garantías reconocidas en la Directiva, como son las relacionadas con el tratamiento de datos de localización y de tráfico para la prestación de servicios de valor añadido, o el almacenamiento de datos en las redes de comunicaciones electrónicas y en los equipos terminales. Final-

mente, la Directiva reitera las garantías que ya se atribuían a los usuarios respecto del secreto de las comunicaciones o la exclusión de la identificación de la línea de origen.

3. LA LEY 32/2003, DE 3 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

La transposición de la Directiva 2002/58/CE a nuestro Derecho interno ha tenido lugar, en sus aspectos básicos, a través de la reciente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, bien llevando a cabo una regulación material de los mismos, bien modificando la Ley 34/2002, de 11 de junio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI) (Disposición final primera).

La técnica utilizada para la transposición de la Directiva presenta relevantes novedades respecto al procedimiento utilizado para la incorporación a nuestro sistema legal de la Directiva 97/66/CE. Estas novedades pueden permitir evitar los principales problemas que, en su momento, suscitó la transposición de la última Directiva citada.

La Directiva 97/66/CE fue transpuesta mediante una remisión genérica contenida en el artículo 50 de la hoy derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y, sobre todo, con la aprobación del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, que desarrolló su Título III. En particular, fue el Título V de este Reglamento el que recogió en detalle el sistema de protección previsto en la norma comunitaria.

La técnica utilizada planteó algunas dificultades de importancia para la plena vigencia de las garantías de la Directiva de 1997.

La primera de ellas tiene que ver con el rango de la norma de transposición ya que, como se ha señalado, la regulación material de aquéllas se efectuó por una disposición reglamentaria.

Esta circunstancia determinó que, en la medida en que la última *ratio* de la vigencia para hacer efectiva la norma se apoya en la aplicación del régimen de infracciones y sanciones aplicable en caso de su incumplimiento, surgieran problemas relacionados con el principio de reserva de ley, contemplado en el artículo 53 de la Constitución.

La posibilidad de que el Reglamento integre el régimen de infracciones previsto en la Ley ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia, siempre que se limite a precisar la regulación de una norma con rango formal de ley, en particular en lo que se refiere a desarrollos de carácter técnico.

Partiendo de estas premisas, la transposición de la Directiva 97/66/CE a través, básicamente, de una norma reglamentaria exigía que existiera una relación directa entre sus previsiones y el conjunto de principios y derechos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, primero, y de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD), posteriormente. Sólo así podía considerarse cumplido el principio de reserva de ley en la aplicación de los tipos

de infracción establecidos en las Leyes Orgánicas citadas y en la imposición de las sanciones pertinentes.

Esta conexión entre la Ley y el Reglamento resulta clara en multitud de supuestos, entre los que cabe citar, por todos, el relacionado con el principio del consentimiento, regulado en el artículo 6 de la LOPD. En efecto, en el Real Decreto 1736/1998 son variadas las referencias a la exigencia del consentimiento para el tratamiento de los datos personales (arts. 65.3, 67.1 y 68.1, entre otros). En estos casos el incumplimiento de estos preceptos presenta una íntima vinculación con un principio de la Ley Orgánica (el de consentimiento, regulado en sus arts. 6 y concordantes), resultando la previsión reglamentaria una mera manifestación del principio legal, de modo que cabe aplicar el tipo de infracción establecido en la Ley Orgánica para los casos de vulneración de dicho principio. Sin embargo, en otras ocasiones, esa vinculación puede resultar menos nítida, como puede suceder, por ejemplo, con las previsiones del Reglamento sobre el desvío automático de llamadas (art. 80).

De otro lado, la propia literalidad del Reglamento ha generado dificultades adicionales para la protección de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones. Así, el artículo 62, incluido en el capítulo I, que recoge las disposiciones generales en esta materia, delimita el alcance y los sujetos obligados por dicha regulación. Respecto de estos últimos, su apartado segundo identifica como tales a los «... operadores con licencia individual o, en su caso, autorización general para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público o que exploten redes públicas de telecomunicaciones...», los cuales «... deberán garantizar la protección de los datos personales en el ejercicio de su actividad, en los términos establecidos en este Reglamento».

Sin embargo, el Reglamento contiene garantías que pueden ser exigibles respecto de terceros en los que no concurren las condiciones expuestas para poder ser considerados sujetos obligados conforme al artículo 62. Así sucede, en particular, en la regulación de las «llamadas no solicitadas para fines de venta directa». El artículo 68 del Reglamento dispone que cuando tales llamadas se efectúen «mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de telecomunicaciones, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsimil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo». Y añade que las que se efectúen mediante sistemas distintos de los citados «podrán efectuarse salvo las dirigidas a aquellos que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas». Resulta evidente, y la experiencia práctica así lo ratifica, que la inmensa mayoría de las comunicaciones a las que se refiere el artículo 68 del Reglamento son y serán efectuadas por terceros que no reunirán las condiciones del artículo 62 para poder ser considerados sujetos obligados por no ser operadores para la prestación de servicios de telecomunicaciones; planteándose la dificultad de determinar hasta qué punto les resultan exigibles las obligaciones previstas en el Real Decreto citado. De no estar sujetos estos terceros no operadores a

las obligaciones de la norma, no cabe duda que el sistema de garantías de la Directiva resultaría limitado en nuestro sistema legal.

Ambas dificultades han resultado solventadas en la transposición que de la Directiva 2002/58/CE ha efectuado la vigente LGT.

El artículo 38.3 de la LGT transpone los aspectos básicos de la Directiva antes citada, recogiendo un catálogo de derechos que contempla la casi totalidad de las garantías de la norma comunitaria.

La articulación de éstas como auténticos derechos subjetivos supone que sean oponibles frente a cualquier tercero que deba respetarlos, sea o no operador de comunicaciones.

Por otra parte, el artículo 51 de la misma norma, al regular la responsabilidad por las infracciones en materia de telecomunicaciones, tampoco la limita a los operadores. Así, este precepto dispone que dicha responsabilidad será exigible «en los casos de incumplimiento de las condiciones establecidas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a la persona física o jurídica que desarrolle la actividad» —apartado a)—, añadiendo una cláusula general abierta al señalar que «en las cometidas por los usuarios o por otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa de telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se haya tipificado por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad».

La articulación de las garantías como derechos subjetivos y la vinculación de la responsabilidad a la realización de actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones —en la que se incluye, entre otros, el art. 38.3— permitirán que la norma sea exigible respecto de cualquier tercero que vulnere aquellos derechos.

En lo que respecta a la tipificación de las infracciones por vulneración de aquellos derechos, el sistema de la LGT representa un auténtico vuelco sobre la situación anterior.

En efecto, la regulación contenida en el Título VIII de la LGT supone que la represión administrativa de las infracciones por vulneración de los derechos contemplados en su artículo 38.3 deje de estar, exclusivamente, relacionada con los tipos previstos en el artículo 44 de la LOPD.

La LGT ha incluido en los artículos 53.z) y 54.r) tipos específicos por la vulneración de derechos antes citados, a los que serán aplicables las sanciones previstas en su artículo 56, configurando un sistema sancionador propio del derecho de las telecomunicaciones que es independiente del contemplado en la LOPD.

Esta articulación de un sistema sancionador específico afecta a relevantes cuestiones adicionales como la prescripción (art. 57) o los procedimientos para el ejercicio de dicha potestad y al plazo máximo de duración de estos procedimientos (art. 58, último párrafo). En particular es de destacar la duración máxima de éstos, que no será de seis meses, como establece la LOPD, sino de un año; previsión que encuentra su lógica en la dificultad que, en

muchos caos, supone la determinación en el sector de las comunicaciones electrónicas de los hechos constitutivos de infracción y de sus responsables.

En cuanto a la competencia sancionadora, la LGT incorpora una novedad ya que, aun tratándose de aplicar un régimen sancionador propio del derecho de las telecomunicaciones, se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos cuando se trata de las infracciones tipificadas en los artículos 53.z) y 54.r).

Las novedades que se acaban de comentar dan lugar a una ampliación de los sujetos protegidos por los derechos previstos en el artículo 38.3 de la LGT.

Según dicho precepto, los titulares de los derechos son, con carácter general, los abonados y, en determinados casos, los usuarios (art. 38.4). Según el Anexo II de la LGT, que incorpora un listado de definiciones a los efectos de la norma, es abonado «cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios». Y usuario, la «persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público».

Pues bien, la atribución de derechos a abonados y usuarios sin distinción de si son personas físicas o jurídicas y la articulación de un régimen propio de infracciones y sanciones desligado del concepto de dato personal —clave en el régimen de la LOPD para limitar su aplicación sólo a las personas físicas— producen como consecuencia que el sistema de garantías de la Directiva 2002/58/CE se haya ampliado, en su incorporación a nuestro Derecho, también a las personas jurídicas.

En cuanto al contenido de la nueva regulación, la transposición que se ha llevado a cabo merece algunas consideraciones adicionales.

Como antes se señaló, el núcleo de las garantías de la Directiva 2002/58/CE está recogido en el artículo 38.3 de la LGT. Su concreción definitiva deberá completarse mediante la aprobación del Reglamento que la desarrolle, si bien, hasta ese momento, es preciso atender a la regulación recogida en el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, que se encuentra transitoriamente en vigor de conformidad con la Disposición transitoria primera, 5, de la LGT. No obstante, esta vigencia transitoria del citado Reglamento está condicionada a aquellos aspectos que no se opongan a lo dispuesto en la nueva Ley, debiendo tenerse en cuenta en este sentido que la LGT ha incorporado importantes novedades de la Directiva, entre las que se encuentra, como caso paradigmático, la ampliación de la posibilidad de tratar datos de tráfico para la promoción comercial de productos y servicios, que antes se comentó.

Sin embargo, el artículo 38.3 no recoge en su totalidad las exigencias de la Directiva 2002/58/CE, incurriendo en algunas omisiones; siendo preciso acudir a otras regulaciones que han incorporado algunas cuestiones puntuales de la norma comunitaria.

Así, las exigencias de seguridad de la Directiva se regulan en el artículo

34, párrafo segundo, de la LGT y las relativas a la confidencialidad en los artículos 33 y concordantes. En este último ámbito se ha omitido la regulación de la posibilidad, admitida por el artículo 5.2 de la Directiva, de realizar grabaciones legalmente autorizadas de comunicaciones y datos de tráfico que se lleven a cabo en el marco de una práctica comercial lícita con el fin de aportar pruebas sobre la misma.

La tabla de derechos del artículo 38.3 adolece de una notable imprecisión en lo que respecta a las garantías de los abonados respecto de las guías de comunicaciones electrónicas. Es cierto que el artículo 12 de la Directiva no constituye una muestra de precisión, aunque su contenido, interpretado conforme al considerando (38), permite conocer el sentido de la regulación. Por el contrario, el artículo 38.6 de la LGT dedica el grueso de su regulación a establecer que la elaboración y comercialización de las guías y la prestación de los servicios de información sobre ellas se realizarán en régimen de libre competencia, limitándose a señalar que debe garantizarse, en todo caso, el derecho a la protección de los datos personales de los abonados, incluyendo el de no figurar en dichas guías.

Asimismo, en el Anexo II se constatan omisiones relevantes de definiciones, pues no figuran algunas que son importantes para la aplicación de los derechos que se reconocen, como es el caso del concepto clave de «comunicación». No obstante, estas omisiones pueden ser salvadas en el Reglamento de desarrollo de la Ley, pues es norma de rango suficiente para incorporarlas.

El derecho que se reconoce en el artículo 38.3.h) a no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax con fines de venta directa merece un comentario adicional.

El precepto recoge parcialmente el contenido del artículo 13.1 de la Directiva, ya que omite las comunicaciones realizadas por medio de correo electrónico. Sin embargo, a la hora de tipificar la infracción por la vulneración de este derecho adopta una técnica de remisión a otra norma distinta al establecer, tanto en el artículo 53.z) como en el 54.r), que la infracción por vulneración muy grave o grave del derecho previsto en aquel precepto se regirá por el régimen sancionador previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI).

Esta remisión puede plantear problemas de seguridad jurídica relacionados con la integración de las conductas infractoras en los tipos de la LSSI y con la propia tipificación como infracciones muy graves, graves o leves.

La necesidad de acudir al régimen de la LSSI para completar la regulación en nuestro Derecho del régimen de garantías de la Directiva 2002/58/CE es absoluta en cuanto a las comunicaciones comerciales por medios electrónicos y al que podemos denominar «tratamiento invisible» de la información. Ambos aspectos se han excluido de la LGT, contemplándose en la LSSI.

La Directiva 2002/58/CE diseña un sistema de protección respecto de las comunicaciones comerciales a través de correo electrónico que incluye elementos relativos al consentimiento, a las excepciones al mismo, a los

procedimientos por los que los destinatarios pueden manifestarlo y al propio contenido de los mensajes en relación con la identidad del remitente.

Este sistema de protección ha sido transpuesto por la LSSI.

Dicha norma parte de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y se define en su Anexo como «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». No obstante, se excluyen de dicho concepto, a los efectos de la LSSI, «los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o de la dirección de correo electrónico», y «las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica».

Del texto que se ha transcrito se aprecia que, pese a los supuestos exceptuados, el concepto de comunicación comercial tiene una gran amplitud y fuerza expansiva.

En relación con las comunicaciones electrónicas no solicitadas con fines de *marketing* debe tenerse en cuenta el Dictamen 5/2004, de 22 de febrero, adoptado por el grupo de trabajo sobre protección de datos previsto en el artículo 20 de la Directiva 95/46/CE (LGT, art. 29).

Dicho Dictamen, adoptado de conformidad con los artículos 15 (3) de la Directiva 2002/58/CE y 30 de la Directiva 95/46/CE, tiene como finalidad contribuir a una aplicación uniforme de la Directiva sectorial, a la vista de las distintas interpretaciones suscitadas en los Estados miembros.

El Dictamen se refiere a distintos elementos del régimen de protección de la Directiva 2002/58/CE, como son el concepto de correo electrónico, el de consentimiento previo de los abonados, el de *marketing* directo, la excepción al principio de *opt-in* y el régimen de las comunicaciones a personas jurídicas.

En relación con el concepto de comunicación comercial, que en la Directiva 2002/58/CE se contempla bajo la denominación de comunicaciones con fines de venta directa, el Dictamen 5/2004 parte del considerando (30) de la Directiva 95/46/CE llegando a la conclusión de que «comprende, consecuentemente, cualquier forma de promoción de ventas, incluyendo el marketing realizado por instituciones benéficas y organizaciones políticas (p.e. recaudación de fondos, etc...)».

El régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas se contempla en los artículos 19 a 22.1 de la LSSI, partiendo el primero de ellos de la premisa de que, además de aquél, será de aplicación su propia normativa, la vigente en materia comercial y de publicidad y la LOPD.

La referencia a esta última norma es particularmente detallada, pues se afirma que será de aplicación «en todo caso» y se citan aspectos específicos en los que se producirá dicha aplicación, como son los relativos a la obtención

de los datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de tales datos (art. 19.2).

Esta rotunda previsión legal permite afirmar que, al margen de lo establecido en la LSSI, será exigible en el tratamiento de datos personales para la realización de comunicaciones comerciales por medios electrónicos el conjunto de principios, garantías y derechos contemplados en la LOPD. No obstante, esta aplicación se encuentra limitada a aquellos casos en que los datos que se traten puedan ser considerados como datos personales, es decir, de personas físicas identificadas o identificables, pues esta premisa constituye el presupuesto de aplicación de la LOPD, según su artículo 2.1 en relación con la definición que de tales datos se contiene en el artículo 3.a) de dicha norma.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta un criterio básico recogido en numerosas resoluciones del Director de la AEPD, según el cual la dirección de correo electrónico podrá ser considerada un dato personal cuando, por su configuración, el conjunto de caracteres que lo componen pueda ser asociado, sin esfuerzo desproporcionado, a una persona física identificada o identificable.

La aplicación, en paralelo, de la LOPD y la LSSI se refuerza, en caso de infracción, a la vista de lo establecido en el artículo 44.2 de esta última norma. Dicho artículo admite expresamente que «la imposición de una sanción prevista en esta Ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos u organismos competentes en cada caso cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no haya identidad del bien jurídico protegido».

Respecto de esta última condición cabe afirmar que los bienes jurídicos objeto de protección por la LOPD y la LSSI son diversos, pues la primera tiene por objeto «garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar» (art. 1), estableciendo el régimen jurídico del derecho fundamental a la protección de datos personales, como reconocen las SSTC 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre.

Por su parte, la LSSI pretende establecer un «marco jurídico adecuado que genere en todos los actores intervinientes [en la sociedad de la información] la confianza necesaria...» (Exp. de Motivos).

La disparidad de bienes jurídicos protegidos se aprecia con claridad en las Directivas comunitarias de las que traen causa ambas normas (Directivas 95/46/CE y 2000/31/CE, respectivamente) y, en particular, en los considerandos (3), (5), (6), (7) y (14) de esta última.

El artículo 20 regula la información exigible respecto de este tipo de comunicaciones comerciales, imponiendo que sean claramente identificables como tales, a cuyo efecto han de incluir al comienzo del mensaje el término publicidad. Asimismo, deben indicar la persona física o jurídica en nombre

de la cual se realizan. Si incluyen ofertas promocionales o consisten en concursos o juegos promocionales deberán, además, quedar claramente identificados como tales y expresarán de forma clara e inequívoca las condiciones de acceso o participación.

Contrastando el precepto con la Directiva, se aprecia que incorpora las exigencias sobre la identificación del remitente, si bien omite la de incluir una dirección válida para que el destinatario pueda enviar una petición que les ponga fin; aunque esta exigencia puede considerarse implícita en las obligaciones de los artículos 21.2, último párrafo, y, sobre todo, 22.1, párrafo segundo.

El artículo 22.1 establece la regla general de exigencia de un consentimiento previo y expreso para el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico o medio de comunicación electrónica equivalente, declarándolas prohibidas en caso contrario. Este consentimiento es siempre revocable. Para ello basta con la simple notificación al remitente, debiendo este último habilitar procedimientos sencillos y gratuitos a tal efecto e información accesible sobre los mismos por medios electrónicos (art. 22.1).

Respecto del consentimiento, el Dictamen 5/2004 analiza esta exigencia poniéndola en relación con el concepto recogido en la Directiva 95/46/CE, señalando que la Directiva 2002/58/CE «no establece de forma específica el método efectivo» para obtenerlo.

Por ello describe diversos supuestos, considerando si en ellos el consentimiento es compatible con el regulado en aquella norma. Así, señala que «sin perjuicio de otros requisitos aplicables, por ejemplo, a la información, los métodos en los cuales el abonado da su consentimiento previo registrándose en un sitio de Internet y luego se le pide que confirme que era la persona que se ha registrado y que confirme su consentimiento parecen compatibles con la directiva. Otros métodos pueden ser igualmente compatibles con los requisitos legales.

Por el contrario, no sería compatible con el artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE la simple solicitud de consentimiento para recibir e-mails comerciales, mediante un correo electrónico general enviado a los destinatarios, debido al requisito de que la finalidad sea legítima, explícita y específica.

Además, el consentimiento prestado con ocasión de la aceptación de las condiciones generales que rigen el contrato principal eventual (p.e., un contrato de abono en el que también se pida el consentimiento para enviar comunicaciones con fines de marketing directo) debe respetar los requisitos de la Directiva 95/46/CE, a saber: que sea un consentimiento informado, específico y libre. Si se cumplen las anteriores condiciones, el consentimiento puede prestarse, por ejemplo, mediante la selección de una casilla.

El consentimiento implícito a recibir dichos correos no es compatible con la definición de consentimiento de la Directiva 95/46/CE, y en particular con el requisito de que el consentimiento sea la expresión de la voluntad

de una persona, incluyendo si esto se hace “salvo oposición” (opt-out). De igual modo, las casillas “preseleccionadas”, por ejemplo, en sitios web, no son compatibles con la definición de la directiva.

También se debe indicar claramente la finalidad. Esto implica que los bienes y servicios, o las categorías de bienes y servicios en relación con los cuales se envíen correos comerciales deben indicarse claramente al abonado. También se debe pedir el consentimiento, en su caso, para transferir los datos personales a un tercero. La información suministrada a la persona interesada deberá indicar, en ese caso, los bienes y servicios (o categorías de bienes y servicios) en relación con los cuales los terceros enviarían correos electrónicos».

Esta regla encuentra una excepción en el artículo 21.2, conforme al cual dicho consentimiento previo y expreso no será necesario en los casos en que haya existido una relación contractual previa, se hubieran obtenido lícitamente los datos de contacto del destinatario y la comunicación comercial se refiere a productos o servicios de la propia empresa similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación. A este respecto, la determinación de la similitud entre productos y servicios y su consideración como propios o no de la misma empresa son cuestiones que, por su ambigüedad, generarán importantes problemas en la aplicación de la norma.

La amplitud de esta excepción se contempla, también, en el Dictamen 5/2004, formulando las siguientes consideraciones:

«Aunque la excepción deja un cierto margen de interpretación, el grupo de trabajo desea destacar que esta excepción se limita de varias maneras y debe interpretarse restrictivamente.

En primer lugar, esta excepción está limitada a los clientes de acuerdo con la primera frase del artículo 13 (2). Además, sólo se pueden enviar correos electrónicos a clientes de quienes se hayan obtenido las señas electrónicas para el correo electrónico en el contexto de la venta de un producto o de un servicio, y de acuerdo con la Directiva 95/46/CE. Por ejemplo, este último requisito incluye información sobre los motivos de la recopilación (véase *supra*). El principio de finalidad (utilización compatible, tratamiento justo) debe servir de ayuda a este respecto. En ese contexto, también se debe prestar atención al periodo de tiempo durante el cual el consentimiento pueda considerarse razonablemente como válido, y por tanto puedan enviarse correos electrónicos.

En segundo lugar, sólo la misma persona física o jurídica que recopiló los datos puede enviar los correos electrónicos con fines de marketing. Por ejemplo, las empresas filiales o matrices no se consideran la misma empresa.

En tercer lugar, esta excepción se limita al marketing realizado en relación con productos y servicios análogos. El grupo de trabajo opina que, mientras el concepto de “productos y servicios análogos” no es un concepto fácil de aplicar en la práctica y requiere una mayor atención, el carácter análogo se puede juzgar en particular desde la perspectiva objetiva (expectativas razonables) del destinatario, mejor que desde el punto de vista del emisor».

En todo caso, el mismo precepto impone al prestador de la obligación de ofrecer al destinatario de la comunicación la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos por un procedimiento sencillo y gratuito, tanto cuando los recogió como en cada comunicación comercial. Se opta, así, respecto de este excepción legal por un procedimiento de *opt-out*.

En cuanto al empleo de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, el artículo 22.2 impone a los prestadores de servicios una doble obligación: informar a los destinatarios de forma clara y completa sobre su utilización y finalidad, y ofrecerles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Esta regla se exceptúa en dos supuestos. Cuando uno tenga como finalidad efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de la comunicación por una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida en que resulte estrictamente necesario para la prestación de un servicio expresamente solicitado por el destinatario del mismo.

Al igual que sucede en la LGT, la LSSI extiende su protección a personas físicas y jurídicas al incluir en la definición de «destinatario del servicio» o «destinatario», de su Anexo, a ambas cuando utilicen, «sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información».

La LSSI incluye, asimismo, un régimen específico de infracciones y sanciones por el incumplimiento de sus previsiones en su artículo 38.3 y 4. La calificación de las mismas como graves o leves se supedita, respecto del envío de comunicaciones comerciales, a su carácter masivo cuando se dirigen a diversos destinatarios y a la reiteración de las mismas más de tres veces en un año si se dirigen al mismo destinatario.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los procedimientos para revocar el consentimiento, informar sobre el uso de sistemas de almacenamiento de datos en equipos terminales y establecer procedimientos para el rechazo de estos últimos, la tipificación como infracción grave o leve se vincula a que los incumplimientos sean o no significativos.

Por su parte, la vulneración de las obligaciones informativas del artículo 20 se califica como infracción leve.

A la hora de atribuir la competencia sancionadora respecto de las infracciones que se han indicado, la LSSI presenta la peculiaridad de llevar a cabo una doble atribución. Así, las infracciones relacionadas con el incumplimiento de los artículos 21 y 22 se atribuyen a la Agencia Española de Protección de Datos, mientras que las que afectan al artículo 20 son competencia del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para los servicios de la sociedad de la información (art. 43.1).

También regula la LSSI el procedimiento para el ejercicio de dicha potestad, remitiéndose a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y sus normas de desarrollo, aunque debe señalarse en cuanto al plazo para la tramitación de los procedimientos competencia de la AEPD que su duración máxima será

de seis meses conforme a la nueva redacción del artículo 48.3 de la LOPD, adicionado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La prescripción de infracciones y sanciones se computará conforme al artículo 45 de la LSSI.

Con posterioridad a la fecha de entrega de este artículo se ha publicado el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que, por tanto, no ha podido ser analizado en el mismo.

DOCUMENTOS