

MODELO DE REGULACIÓN DE LA PRIVACIDAD EN LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Jesús Rubí Navarrete
Adjunto a la Directora
Agencia Española de Protección de Datos
Montevideo
22/11/2017

- Antecedentes

- Directiva 97/66/CE
- Directiva 2002/58/CE
- Directiva 2009/136/CE

Principales novedades

- La aplicación a nuevas tecnologías como los dispositivos de identificación por radiofrecuencia (RFID)
- La regulación de las violaciones de datos (quebras de seguridad) y su notificación a las autoridades competentes y, en determinados casos, a los propios afectados
- La modificación del régimen aplicable a las cookies pasando de un sistema de información previa y derecho de oposición (opt out) a un sistema de consentimiento informado (opt in)

- Fundamento de la nueva regulación

Uno de los objetivos de la Estrategia para el Mercado Único Digital es aumentar la seguridad de los servicios digitales con el fin de incrementar la **confianza** que los ciudadanos depositan en ellos.

Se ha reformado el régimen general de protección de datos personales mediante la aprobación del RGPD.

En congruencia con esta finalidad se aborda la revisión de la **Directiva 2002/58/CE**.

- El Reglamento como ley especial

Las disposiciones del Reglamento de e-privacy precisan y complementan las del RGPD en lo que respecta a los datos de comunicaciones electrónicas. Norma especial de aplicación preferente a dichos tratamientos (**Cons.5**).

- **Ámbito de aplicación**

El ámbito de **aplicación material** del Reglamento de e-privacy se amplía respecto al de la Directiva 2002/58/CE al incluir todos los tratamientos de datos de comunicaciones electrónicas en relación con la prestación y utilización de servicios de comunicaciones electrónicas y la información relacionada con los equipos terminales de los usuarios finales, sean personas físicas o jurídicas.

Los Considerandos precisan su ámbito de aplicación:

- El Reglamento se aplica a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, a los de guías accesibles al público y a los proveedores de programas informáticos que permiten acceder a servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo la recuperación y presentación de información en internet (**Cons.8**).

- Asimismo se aplica a las personas físicas y jurídicas que utilizan servicios de comunicaciones electrónicas para el envío de comunicaciones de mercadotecnia directa o que recopilan información relativa a los usuarios finales o que está almacenada en sus equipos terminales (**Cons.8**).
- Están también incluidos los servicios de comunicaciones interpersonales como, por ejemplo, los servicios de voz sobre IP, los servicios de mensajería y los servicios de correo electrónico basados en la web (**Cons.11**).
- Será aplicable a la transmisión de comunicaciones de máquina a máquina (Internet de las cosas) por cuanto que esta transmisión comporta el transporte de señales a través de una red y, por tanto, constituye generalmente un servicio de comunicaciones electrónicas (**Cons.12**).

En el ámbito de **aplicación territorial** el artículo 3 en relación con el Considerando 9 debe aplicarse a «los datos de comunicaciones electrónicas tratados en relación con la prestación y uso de servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión, independientemente de que el tratamiento se efectúe en la Unión o no»

Debe aplicarse a los datos de comunicaciones electrónicas tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas desde fuera de la Unión, a usuarios finales en la Unión.

En este último caso, el proveedor del servicio de comunicaciones electrónicas deberá designar por escrito un representante en la Unión en términos y con obligaciones similares a la prevista para esta situación en el RGPD.

Exclusiones → los servicios de comunicaciones no accesibles al público (art.2.2.c) como son los grupos cerrados de usuarios, tales como las redes corporativas cuyo acceso esté reservado a los miembros de la empresa.

La aplicación del Reglamento se entiende sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico (art.2.4).

- Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.
- Excluir la responsabilidad, entre otros supuestos, de los prestadores de servicios de alojamiento de datos facilitados por los destinatarios del servicio, salvo cuando tengan conocimiento de que la información es ilícita y los retiren con prontitud o **hagan imposible el acceso** a los mismos.

- Definiciones

Concepto amplio de definiciones:

- Redes y servicios de comunicaciones electrónicas
- Servicios de comunicación interpersonales
- Usuario final
- Equipo terminal
- Datos de comunicaciones electrónicas
- Contenido de comunicaciones electrónicas
- Metadatos de comunicaciones electrónicas
- Guías accesibles al público
- Correo electrónico
- Comunicaciones de mercadotecnia directa, (art.4 y Considerando 14)

Destacar los siguientes aspectos:

- La definición de datos de comunicaciones electrónicas comprende no sólo el contenido de dichas comunicaciones sino también sus metadatos.
- El contenido de estas comunicaciones incluye informaciones como texto, voz, vídeos, imágenes y sonidos.
- La definición de los metadatos (**Considerando 2**)
- Pueden revelar información muy delicada y de carácter personal que «permite extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas participantes en la comunicación electrónica tales como sus relaciones sociales, sus costumbres y actividades de la vida cotidiana, sus intereses» o preferencias.

La definición de metadatos incluye los datos utilizados para rastrear e identificar el origen y destino de una comunicación, los datos sobre la ubicación del dispositivo generado en el contexto de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como la fecha, hora, duración y tipo de documentación.

- Definición de **mercadotecnia directa**:
(«toda forma de publicidad oral o escrita enviada a uno o varios usuarios finales identificados o identificables de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo la utilización de sistemas automatizados de llamada y comunicación con interacción humana o sin ella, correo electrónico, SMS, etc»).

- **Confidencialidad de la información**

El **artículo 5** del Reglamento garantiza la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas prohibiendo cualquier interferencia en las mismas por personas distintas de los usuarios finales.

El **Considerando 15** aclara que esta prohibición afecta a toda interferencia en la transmisión bien a través de la intervención humana, bien a través de un tratamiento automatizado a través de las máquinas.

- Datos del contenido y metadatos de comunicaciones electrónicas

- Se exige el consentimiento del usuario o usuarios finales interesados.
- El Reglamento exceptúa el consentimiento para la prestación de un servicio específico que no puede llevarse a cabo sin el tratamiento de dicho contenido (art.6.3.a).
- Cuando los fines del tratamiento no puedan alcanzarse con el tratamiento de información anonimizada y se haya consultado a la autoridad de protección de datos (art.6.3.b). En tal caso deberá realizar una evaluación de impacto conforme al RGPD con carácter previo a la consulta.

La exigencia del consentimiento supone una importante modificación.

Ello es debido a que el consentimiento que legitima dicho tratamiento de datos deben prestarlo todos los usuarios finales interesados, es decir, tanto el emisor como el receptor y no sólo uno de ellos (Cons.19).

El Considerando 18 especifica que en la economía digital los servicios se prestan con frecuencia a cambio de una contraprestación no dineraria, como por ejemplo, exponiendo a los usuarios finales a anuncios publicitarios.

Y añade que los servicios de acceso a internet de banda ancha básica y de comunicaciones de voz han de considerarse **servicios esenciales** para que los particulares puedan comunicarse y participar de la economía digital.

Concluye que el consentimiento no puede considerarse válido si el interesado no goza de verdadera libertad de elección o no puede denegar o retirar su **consentimiento sin verse perjudicado**.

El tratamiento de los metadatos de comunicaciones electrónicas para uno o más fines concretos, entre ellos la prestación de servicios al usuario final, exige el consentimiento de los interesados, siempre que dichos fines no puedan alcanzarse mediante el tratamiento de información anonimizada (art.6.2.e).

Se exceptúan los tratamientos para garantizar la calidad del servicio, proceder a la facturación o al pago de la interconexión o para detectar o impedir la utilización abusiva o fraudulenta de los servicios o abonarse a ellos (art.5.2.c y d.).

El Reglamento se remite a las reglas generales del RGPD y añade que, siendo revocable, **debe recordarse** a los interesados **cada seis meses esta opción**.

- Guías accesibles al público

Cualesquiera **guías** o **servicios** que contienen información sobre dichos usuarios, como los números de teléfono, incluyendo los teléfonos móviles y los datos de contacto de correo electrónico (Cons.30)

Opta por una alternativa garantista: obtener el consentimiento de los usuarios finales para incluir datos en las guías y que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía (art.15.1).

los proveedores de guías deben informar a los usuarios finales **que sean personas físicas** sobre las **finalidades** de la guía y sus **funciones de búsqueda antes de incluirlos** en ellas (Cons.31).

El **Considerando 31** señala, además, que si los usuarios finales prestan el consentimiento deben tener la **posibilidad de determinar las categorías de datos personales** que deben figurar en la guía (por ejemplo, nombre y apellidos, dirección de correo electrónico, dirección postal, nombre de usuario o número de teléfono).

La protección de los usuarios finales se extiende a las **personas jurídicas**, reconociéndose un derecho de oposición a la inclusión.

Una vez incluidos en la guía: los usuarios finales personas físicas tienen, también, derecho a excluirse gratuitamente de la guía y a comprobar, corregir o suprimir sus datos.

- Comunicaciones publicitarias no solicitadas

Definición amplia de comunicaciones de **mercadotecnia directa**: «toda forma de publicidad oral o escrita enviada a uno o varios usuarios finales identificados o identificables de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo la utilización de sistemas automatizados de llamada y comunicación con interacción humana o sin ella, correo electrónico, SMS, etc».

El Reglamento prevé que se «entenderá sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, citando en particular las normas sobre responsabilidad de los servicios de intermediación.

El artículo 2.f) de esta Directiva incorpora una **definición de comunicación comercial** considerando como tales «todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas».

Sin embargo, contempla dos excepciones señalando que «no se considerarán comunicaciones comerciales en sí mismas las siguientes:

- Los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico.
- Las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando estos se realizan sin contrapartida económica».

El carácter expansivo del concepto de mercadotecnia directa se refuerza en el **Considerando 32** que incluye los mensajes enviados por los partidos políticos a través de servicios de comunicaciones electrónicas con fines de propaganda política y los mensajes enviados por otras organizaciones sin ánimo de lucro para apoyar los objetivos de la organización.

La regla general para el envío de comunicaciones electrónicas de mercadotecnia es la obtención del **consentimiento** de los usuarios finales que sean **personas físicas**.

Excepción → cuando se hayan obtenido los datos de contacto electrónicos de un cliente en el contexto de la venta de un producto o servicio de conformidad con el RGPD, se podrán utilizar dichos datos de contacto para la comercialización de productos o servicios similares de la propia persona física o entidad, no de terceros.

La licitud de este tratamiento exige que se ofrezca a los clientes de manera clara y precisa la oportunidad de oponerse de manera sencilla y gratuita.

El derecho de oposición debe concederse tanto en el momento de la recopilación de los datos como cada vez que se envíe un mensaje (art.16.2).

Medidas adicionales para facilitar la aplicación efectiva de las normas sobre comunicaciones con fines de mercadotecnia, como las siguientes:

- **La obligación de informar** a los usuarios finales sobre el carácter comercial de la comunicación de la identidad de la persona física o jurídica en cuyo nombre se transmite la comunicación.
- **Informar** a los destinatarios para que puedan ejercer fácilmente su derecho a retirar el consentimiento.

El **Considerando 35** señala que cuando se realicen comunicaciones comerciales por correo electrónico deberá **presentarse un enlace o una dirección de correo electrónico** válida para la revocación del consentimiento.

- En el caso de llamadas (definidas en el artículo 4.3 g y h) debe presentarse la identificación de una línea en las que se pueda contactar a los emisores y presentar un código o prefijo específico que permita identificar que se trata de una llamada de mercadotecnia (art.16.3 a y b).
- La Comisión podrá especificar el número de identificación de las llamadas de mercadotecnia.

Remisiones al derecho de los Estados miembro:

- Podrán establecer en su legislación que las llamadas de voz a voz con fines de mercadotecnia a usuarios finales personas físicas sólo quedan autorizadas respecto de los que no hayan manifestado oposición a recibirlas.

- La Autoridad de control y el régimen sancionador

La propuesta del Reglamento incorpora entre sus objetivos el de garantizar la plena coherencia en su aplicación con la del RGPD.

A tal efecto establece que deben ser las mismas autoridades de control las que deben supervisar la aplicación de ambas normas, así como que dicha aplicación debe basarse en el mecanismo de coherencia regulado en el RGPD.

El Reglamento prevé que en la supervisión de su aplicación por parte de las autoridades de control será de aplicación, *mutatis mutandis* el Capítulo VI del RGPD lo que permitirá adoptar el amplio abanico de medidas previstas en el mismo en función de las circunstancias concurrentes, desde la advertencia sin apreciación de infracción a la imposición de multas administrativas.

El Reglamento incorpora un régimen propio de tipificación de infracciones cuya sanción económica es coherente con las establecidas en el RGPD.

¡MUCHAS GRACIAS!