

Ficheros de exclusión y códigos tipo: herramientas básicas para la protección de los datos personales

Marzo 2009

Introducción

La protección de los datos personales ha experimentado en España, al igual que en otros países de la UE, una evolución conceptual que parte de las formulaciones tradicionales ancladas en la defensa de la intimidad y de la privacidad para acabar configurándose como un derecho fundamental de nueva generación, que atribuye a sus titulares la facultad de disposición y control de dichos datos así como la potestad -si bien generosa en excepciones- de dar o no consentimiento para su almacenamiento y tratamiento (lo que se denomina autodeterminación informativa, *habeas data*, etc.).

Esta evolución:

- Se evidencia claramente al comparar la primera norma general en este ámbito aprobada en nuestro país, La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), con la actualmente en vigor Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)¹.
- Se fundamenta a través de la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional, que consagra como un derecho fundamental independiente el que tienen los ciudadanos a disponer libremente de sus datos personales.
- Se consolida con la aprobación del Reglamento que desarrolla la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RDLOPD), que supone una concreción de gran calado de lo dispuesto en la citada Ley.

Sin entrar en el análisis detallado o exegético de la anterior normativa, cabe señalar como aspectos más destacados de la misma:

- Su ámbito de aplicación, que abarca el registro, tratamiento y uso posterior de los datos en el sector público o privado, incluyendo no sólo los ficheros automatizados (ámbito de aplicación exclusivo de la LORTAD), sino también los no automatizados (es decir, el tratamiento no automatizado de los datos personales), con algunas excepciones entre las que se encuentra el que su uso sea exclusivamente personal o doméstico.
- El concepto de "calidad" de los datos recogidos y sometidos a tratamiento, lo que significa que éstos deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos; veraces (exactos y actualizados); recogidos de forma leal y por medios lícitos, y accesibles.

¹ La LOPD incorpora al ordenamiento jurídico español 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.

- El concepto de “finalidad” para la que se obtienen los datos, que debe ser determinada, explícita y legítima, no pudiendo usarse dichos datos para fines “incompatibles” con aquéllos para los que fueron recogidos².
- El concepto de “consentimiento” del interesado o afectado, verdadera clave de bóveda del derecho de protección de datos, que la LOPD y su Reglamento definen como una manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada³. Ello implica, como antes señalábamos, la clara delimitación de la finalidad para la que se recaba, pues en caso contrario, el consentimiento será nulo. Éste debe ser además previo como principio general, salvo en el caso de determinadas excepciones tasadas entre las que se encuentran:
 - La circunstancia de que los datos procedan de fuentes accesibles al público⁴ y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.
 - Que hayan sido recabados por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación comercial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. También cuando haya una cesión que responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control comporte la comunicación de los datos referidos a la finalidad que la justifique.

No se establece de modo general, sin embargo, que el consentimiento deba ser también expreso e incluso por escrito, salvo en supuestos específicos como cuando se tratan y almacenan datos considerados especialmente protegidos o “sensibles”⁵.

² No se considera “incompatible” su tratamiento para fines históricos, estadísticos o científicos, que justifican además el mantenimiento íntegro de determinados datos. Hay que tener en cuenta que la LORTAD, que prohibía el uso de los datos para cualquier finalidad “distinta” de la inicial considerando esta prohibición garantía básica del principio de finalidad y de la autodeterminación informativa.

³ El consentimiento puede prestarse de forma expresa o tácita, según el caso. Más discutible es, a la luz de la normativa y la jurisprudencia, el llamado consentimiento presunto, que se da por supuesto en ausencia de indicios claros en uno u otro sentido.

El responsable deberá conceder al afectado un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que, en caso de no pronunciarse a tal efecto, se entenderá que consiente en el tratamiento de sus datos de carácter personal. Cuando el consentimiento del afectado se solicite durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, debe permitirse al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos. Por ejemplo, mediante la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato.

⁴ Se consideran “fuentes accesibles al público” aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Lo son el llamado “censo promocional”, cuando finalmente exista; las guías de servicios de comunicaciones electrónicas; las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección (incluyendo el número telefónico, el número de fax y la dirección electrónica) e indicación de su pertenencia al grupo; los diarios y boletines oficiales, y los medios de comunicación.

⁵ Son datos especialmente protegidos los que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias; los que hagan

En caso de controversia corresponde al responsable del tratamiento la carga de la prueba (siquiera indiciaria) de la existencia de consentimiento tácito o expreso⁶ dependiendo del caso⁷.

- La consideración como “personalísimos” de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Se consideran derechos independientes, de modo que el ejercicio de ninguno de ellos es requisito previo para el ejercicio de otro. Debe garantizarse al interesado un medio para el ejercicio de estos derechos sencillo y gratuito, o, al menos, con un coste “no excesivo”.
- El derecho de acceso, que permite al afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos. Ante una solicitud de acceso, el responsable del fichero puede estimarla, comunicar que no dispone de los datos o desestimarla⁸.
- El derecho de rectificación, que garantiza al afectado que se modifiquen los datos sobre su persona que resulten ser inexactos o incompletos, o desactualizados. El derecho de cancelación garantiza el cese en el uso de los datos y conlleva la supresión o disociación de aquellos que resulten ser inadecuados o excesivos; el bloqueo temporal de los que hayan de mantenerse para su puesta a disposición de Administraciones Jueces y

referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual; los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.

⁶ En este sentido, cabe citar diferente jurisprudencia de la Audiencia Nacional:

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2008, que señala que la prueba de la existencia de consentimiento corresponde al responsable del tratamiento cuando el afectado niega haberlo facilitado, pues el que realiza el tratamiento debe arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que el consentimiento ha sido prestado.
- Sentencia de 25 de mayo de 2006, según la cual la negativa del afectado traslada al que realiza el tratamiento la carga de la prueba.
- Sentencia de 1 de febrero de 2006, por la que la Audiencia admite la prueba indiciaria del consentimiento inequívoco del afectado, siempre que concurren circunstancias acreditadas de las que se pueda deducir de forma indubitada que existió el consentimiento.
- Sentencia, de 6 de julio de 2006, que concluyó que si del resultado de la prueba practicada no se deduce con claridad que se realizó el tratamiento de datos sin haber requerido previamente el consentimiento de los interesados, no resulta justificada la imposición de una sanción por la falta de consentimiento de los afectados.
- Sentencia de 6 de octubre de 2004, ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2008, que no consideró probado el consentimiento de los afectados en un supuesto en el que no sólo no se aportó el cupón rellenado por la interesada sino que tampoco constan otros cupones con los datos registrados en el fichero de la empresa sancionada, en el que constaban los datos de unas 25.000 personas.

⁷ El Reglamento presta una especial atención a la protección de los datos personales de los menores de edad, exigiendo su consentimiento y, en el caso de los menores de 14 años el de los padres o tutores autenticado; no permitiendo recabar del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, y obligando a utilizar un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos.

⁸ La solicitud debe resolverse en el plazo máximo de un mes. La no respuesta en plazo se considera desestimación y debe fundamentarse porque el derecho ya se haya ejercitado en los doce meses anteriores a la solicitud (salvo que se acredite un interés legítimo al efecto) o porque así lo prevea una norma. Si la solicitud fuera estimada y el responsable no acompañase a su comunicación la información, el acceso se hará efectivo durante los diez días siguientes a dicha comunicación. La información se proporcionará, en su caso, en forma legible e inteligible, comprendiendo todos los datos de base del afectado, los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático, así como la información disponible sobre el origen de los datos, los cesionarios de los mismos y la especificación de los concretos usos y finalidades para los que se almacenaron los datos.

Tribunales, etc., o su reserva sólo en atención a su interés histórico, estadístico o científico⁹.

- El derecho de oposición, que constituye una novedad de la LOPD frente a la LORTAD¹⁰ y que garantiza al afectado la posibilidad de impedir que se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o de conseguir que se cese en el mismo¹¹. Este derecho puede ejercerse en determinados supuestos, como es caso de ficheros para los que no se necesita consentimiento o que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial.

En el primer primero de ellos deberán hacerse constar los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican la oposición, de modo que el responsable del fichero resuelva sobre la solicitud. En el caso de las actividades de publicidad y prospección comercial no es necesario fundamentar la oposición, y se contempla además la existencia de ficheros de exclusión, a los que más adelante nos referiremos.

La protección de datos en el ámbito de las comunicaciones comerciales

Los criterios para la protección de datos en el ámbito específico de la actividad publicitaria y promocional se encuentran recogidos, obviamente, en la LOPD y en el RDLOPD, pero también en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI); en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT); en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU), y en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (LISI). En todas ellas se recogen competencias de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) relativas al envío de comunicaciones comerciales¹².

⁹ En ambos casos, las solicitudes deberán indicar a qué datos se refieren y deberán ir acompañadas de la documentación justificativa de lo solicitado. Quedando obligados el responsable del fichero y el cesionario a resolver la solicitud en el plazo de diez días o darla por desestimada.

¹⁰ Algunos autores cuestionan que se trate de un derecho personalísimo al mismo nivel que los anteriores.

¹¹ Cabría citar aquí también el derecho del interesado a revocar su consentimiento en el uso de sus datos. En este caso se contempla igualmente un plazo máximo de diez días para dar cumplimiento a la solicitud, informar de que no se dispone de los datos del afectado o desestimarla. En caso de no respuesta podrá entenderse desestimada. También se prevé el ejercicio del derecho a través de "un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento"; por ejemplo, envíos prefranqueados o números telefónicos gratuitos.

¹² Del mismo modo que la LOPD, estas normas incorporan al ordenamiento jurídico español regulaciones comunitarias. En concreto, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), y 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 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

De acuerdo con estas normas la AEPD resulta competente¹³:

- Cuando la publicidad se encuentra directamente relacionada con el tratamiento de datos de carácter personal. Es decir, no es competente ante la publicidad “ciega” difundida por los medios de comunicación de masas a través de las ondas o de publicaciones, ni tampoco en el caso de la publicidad anónima por vía directa (buzoneo), pero sí cuando esos medios de masas o los realizadores de marketing directo actúan como remitores de comunicaciones comerciales personalizadas
- Cuando se utiliza el correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, como mensajes cortos de telefonía móvil (*sms* o *mms*) para la remisión del mensaje publicitario. En el caso de publicidad que reside en una web, las competencias se refieren a los datos que pudieran recabarse o eventualmente capturarse a/de los usuarios que acceden a dicha página.
- *Cuando la comunicación comercial se efectúa mediante llamadas telefónicas automáticas o a través de operador con fines de comunicación comercial o venta directa*¹⁴.

La obtención de datos para la realización de labores de “prospección comercial y otras actividades análogas” cuenta con dos únicas vías:

- Las ya mencionadas fuentes accesibles al público, siempre que el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para dichas actividades¹⁵.
- La facilitación de los datos por los propios interesados o la obtención de los mismos con su consentimiento, para finalidades determinadas en ese ámbito y habiéndose informado a

¹³ Hay que tener en cuenta que, en algunos de estos supuestos, asociados a los servicios de comunicaciones electrónicas y que quedan fuera del régimen general establecido por la LOPD, las competencias de la AEPD se extienden no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas.

¹⁴ De acuerdo con la doctrina jurídica que van consolidando los tribunales españoles, queda claro que la LOPD sólo podrá aplicarse en aquellos supuestos en los que la llamada comercial se efectúa a una línea telefónica en circunstancias tales que el destinatario pueda ser identificable para el promotor de la llamada. Así, por lo que se refiere a las llamadas automáticas efectuadas al domicilio del denunciante sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conozca al titular de ese teléfono y sin que en la misma se haga mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, los tribunales se han pronunciado en el sentido de no considerar la existencia de un tratamiento de datos de carácter personal si no ha habido recogida, grabación, conservación o elaboración de dichos datos y no se contiene en los ficheros nada más que el número telefónico sin nombres de los titulares ni su domicilio. Es decir, no se considera que en estas circunstancias el número de teléfono sea “información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. En el mismo sentido, cuando las llamadas son a un número móvil y hay que suponer que no es posible la identificación del titular “el número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal.”

¹⁵ La LOPD contempla la existencia de un llamado “censo promocional” para este tipo de actividades, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas españolas. La concreción de este censo quedó en principio diferida al RDLOPD, que finalmente no ha contemplado tal desarrollo reglamentario.

De acuerdo con la Ley, el censo promocional ha de recoger los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral, para ser utilizado potestativamente por quienes pretendan realizar la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas. Los interesados podrán solicitar gratuitamente no aparecer en dicho censo. Trimestralmente se editará una lista actualizada accesible en soporte informático, excluyendo los nombres y domicilios de los que así lo hayan solicitado, pudiéndose exigir una contraprestación por su facilitación. En todo caso, cada lista tendrá un plazo de vigencia de un año, perdiendo transcurrido ese plazo su carácter de fuente de acceso público.

los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad¹⁶.

Cuando la actividad publicitaria y promocional se realiza a través de comunicaciones electrónicas se requiere que el consentimiento se preste de forma expresa, si bien no necesariamente de forma escrita. Las comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos sólo podrán realizarse si hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas (prohibición del *spam*), salvo en el caso de envíos a clientes ya existentes¹⁷, referidas a servicios o productos similares y habiéndose dado al cliente la posibilidad de negarse a dicho uso. Se exige también la existencia de consentimiento previo para la comunicación de la información con contenido comercial mediante llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax.

Además de lo ya señalado sobre los derechos de acceso, rectificación y cancelación, en relación a los tratamientos vinculados a actividades de publicidad y prospección comercial hay que tener en cuenta que si el derecho se ejercitase ante una entidad que hubiese encargado a un tercero la realización de una campaña publicitaria, aquélla estará obligada, en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación de la solicitud de ejercicio de derechos del afectado, a comunicar la solicitud al responsable del fichero a fin de que el mismo otorgue al afectado su derecho en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación, dando cuenta de ello al afectado.

Refiriéndonos al ámbito más específico de la comunicaciones comerciales vía telefónica, hay que tener en cuenta que mientras dichas comunicaciones a través de llamadas automáticas o de

¹⁶ La relación comercial preexistente no excepciona de la obligación de consentimiento previo en el caso de la actividad publicitaria o promocional, dado que el tratamiento de datos con esos fines no se deriva de modo necesario de la relación contractual o negocial a la que hace referencia la LOPD (*vid supra*). Además, de acuerdo con la doctrina de la Audiencia Nacional española, la obligación de informar de forma específica no se satisface con peticiones generales sobre el uso de los datos para "remitir publicidad u ofertas", de modo que de acuerdo con la LOPD podría considerarse nulo el consentimiento para la cesión de datos cuando la información que se haya facilitado al afectado no le permita conocer la finalidad para la cual se destinarán sus datos o el tipo de actividad del futuro cesionario.

La AEPD se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la forma en la que debe informarse a los usuarios sobre sus derechos en materia de protección de datos. Así, su gabinete jurídico considera que cláusulas como las que se recogen a continuación contienen los requisitos necesarios a los que obliga la legislación:

El interesado tiene derecho a conocer, rectificar, cancelar u oponerse al tratamiento de la información que le concierne y autoriza a que pese a formar parte del fichero (indicar responsable y dirección), ante el cual podrá ejercitar sus derechos, y a que sea utilizada para mantener la relación comercial y recibir información y publicidad de nuestra empresa y de otras relacionadas con los sectores de telecomunicaciones, financieros, ocio, formación, gran consumo, automoción, energía, agua y ONGs. Si no desea ser informado de nuestros productos o servicios, o de los de terceros, señale con una X esta casilla (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos).

Los datos personales que usted nos facilita serán incluidos en el fichero automatizado de ----, S.A. para gestionar la relación comercial con usted. Usted podrá ejercer los derechos de acceso, cancelación, rectificación y oposición, que podrá ejercitar mediante carta dirigida a esta compañía Calle ----, ---- (----). Del mismo modo, Ud. Consiente a que en un futuro —incluso finalizada nuestra relación comercial— ----, S.A. utilice sus datos personales para informarle sobre sus productos y/o servicios y a que comunique tales datos a otras empresas del Grupo Planeta cuyas actividades se relacionan con los sectores editorial, de formación, de cultura y de ocio, con el fin de que se le informen sobre los productos o servicios que comercialicen. Si no desea ser informado de nuestros productos o servicios o de los de otras empresas del Grupo Planeta, indíquenoslo por escrito en la dirección arriba citada, señalando claramente su nombre, apellidos y dirección o hágalo constar en este cupón, marcando la siguiente casilla (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre).

En el mismo sentido, la Audiencia Nacional, al examinar algunas leyendas utilizadas para la obtención del consentimiento en relación al envío de comunicaciones comerciales, ha señalado la necesidad de especificar en la finalidad los productos y servicios que van a ser publicitados y, en su caso, las empresas a las que puedan cederse los datos.

¹⁷ No existe en la normativa española y europea limitación temporal para considerar a un cliente preexistente, como sí existe, por ejemplo, en el modelo de EE UU. De todos modos, no hay que olvidar que el interesado siempre puede ejercer la oposición (eso sí, *a posteriori*) cada vez que esa preexistencia deviene en acción comercial.

mensajes SMS a terminales de telefonía móvil están prohibidas a menos que hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas o que exista una relación contractual previa (es decir como en el caso del *spam* por correo electrónico), la realización de llamadas no automáticas con idénticos fines puede hacerse siempre y cuando el destinatario no se haya opuesto a recibirlas.

En este caso, las posibilidades reales de los usuarios para ejercer su derecho a no recibir comunicaciones comerciales o promocionales pasan por:

- No figurar en las guías telefónicas y de servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público, que por el momento sólo existen en España en el ámbito de la telefonía fija (al menos reconocidas). Hay que tener en cuenta que la legislación vigente obliga a que la primera inclusión de datos de abonados en guías se realice con el consentimiento expreso del abonado¹⁸.
- Figurar en las guías, pero omitiendo parcialmente algún otro dato de identificación en los términos que haya estipulado su proveedor (por ejemplo, la dirección).
- Figurar en las guías, pero haciendo constar el interesado su voluntad de que sus datos no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial (Esta última circunstancia se refleja actualmente en las guías mediante el símbolo "U").

Los operadores de telecomunicaciones deben recabar el consentimiento informado del abonado para tratar, con fines de promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas, los datos de tráfico y facturación¹⁹, en la medida y durante el tiempo necesarios para la prestación de tales servicios o su promoción comercial.

Según datos de la AEPD, la proporción de abonados a líneas de telefonía fija cuyos datos se publican actualmente en guías es bastante superior al 75%. De ellos, menos del 1% han solicitado no ser objeto de prácticas comerciales, en particular, de llamadas telefónicas, de lo que se desprende que, o bien los abonados no son demasiado reticentes a este tipo de actividades, o bien no son demasiado conscientes de este derecho de exclusión.

Cabe mencionar, finalmente, a la hora de completar el marco legal, dos importantes iniciativas en periodo de aprobación:

- La incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. La Directiva incluye en su Anexo I una relación de las prácticas comerciales que se

¹⁸ En el caso de que el abonado sólo manifieste su conformidad para ser incluido en la guía, los datos que, al menos, deben figurar en la misma son los relativos a nombre y apellidos o razón social, número o números de abonado, dirección postal del domicilio, excepto piso, letra y escalera, terminal específico (en su caso) y nombre del operador que facilite el acceso a la red. La publicación de cualquier otro dato distinto de éstos requiere el consentimiento expreso del abonado, tanto para la primera publicación como para las sucesivas,

¹⁹ En este caso sí cabe encuadrar el número de la línea telefónica, por sí solo, entre los datos personales que el operador ha asignado a sus propios clientes y que implica el tratamiento de sus datos de tráfico.

consideran desleales en cualquier circunstancia. Entre ellas, se incluye la de realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual.

- La iniciativa del Ministerio español de Industria de aprobar una Carta de Derechos del Usuario de Telecomunicaciones en la que se plasman, entre otros, los derechos de los usuarios finales en materia de protección de datos referidos al tráfico y facturación desglosada; a la elaboración de guías telefónicas y de otros servicios de telecomunicaciones; a la prestación de servicios de consulta sobre números de teléfono; a las llamadas no solicitadas con fines comerciales; a la utilización de datos de localización, y a la prestación de servicios avanzados de telefonía.

Los ficheros de exclusión

El RDLOPD contempla la posibilidad de crear ficheros de exclusión como una iniciativa para garantizar el ejercicio de la oposición/revocación al tratamiento de los datos personales, la cual, según ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia número 292/2000, constituye junto con la posibilidad de acceso, rectificación y cancelación *el haz de facultades que emanan del derecho fundamental a la protección de datos* y sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer.

Los ficheros de exclusión permiten a las personas registrarse para no recibir comunicaciones comerciales, entendiéndose tal registro como una manifestación expresa de dicha negativa.

Puede haber ficheros específicos de una empresa, pero también ficheros comunes de carácter general o sectorial, garantizando el derecho de oposición o cobertura en todo su ámbito de cobertura. Deben darse de alta en el Registro General de Protección de Datos de la AEPD. El afectado podrá solicitar su exclusión respecto de un fichero o tratamiento concreto (lo que puede implicar su inclusión en un fichero de exclusión concreto) o su inclusión en los ficheros comunes de excluidos de carácter general o sectorial.

La normativa prevé la obligación de consulta previa de los ficheros de exclusión existentes que pudieran afectar su actuación por parte de quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento.

También prevé que cuando alguien manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad o prospección comercial, dicho

responsable deberá informarle de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento.

Los responsables de los ficheros conservarán los mínimos datos imprescindibles de las personas que hayan manifestado su negativa a recibir publicidad, con el fin de identificarlas y adoptar las medidas necesarias que eviten el envío. Para el tratamiento de esos datos rigen todas las restantes obligaciones establecidas en la Ley y el Reglamento.

Los ficheros de exclusión o ficheros *opt out* adoptan diferentes formas en los países en los que están implantados. En algunos casos se trata de dispositivos creados por las administraciones públicas de consumo o de protección de datos, y en otros por asociaciones empresariales de carácter sectorial. En unos casos cubren todos los canales de distribución de comunicaciones comerciales (postal, telefónico, electrónico) y en otros se centran en uno de ellos²⁰.

Este tipo de listados son muy comunes en la Europa de los 15, generalmente creados por las asociaciones de marketing directo, aunque es menos común encontrarlos en los países más recientemente incorporados a la UE. No existe, por el momento, ningún servicio de estas características a nivel comunitario.

En el caso español, el único fichero de exclusión del que tenemos noticia (además de lo ya señalado sobre las guías telefónicas) es el creado por la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (FECEDM) en el marco de su Servicio de Listas Robinson (SLR), que debería ahora adaptarse a lo señalado por la legislación vigente.

A principios de los años 90 la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) puso en marcha el Servicio de listas Robinson (SLR), con el fin de dar a los ciudadanos la posibilidad de no recibir comunicaciones comerciales o con fines de prospección comercial²¹ por parte de las empresas adheridas al mencionado servicio.

Hasta ahora, el SLR se ha centrado exclusivamente en las comunicaciones directas personalizadas remitidas por vía postal, frente a los modelos vigentes en la mayoría de Estados miembros que, con diferencias, suelen incluir también la vía telefónica y las comunicaciones comerciales por *e-mail*. Los responsables del SLR dicen no recoger siquiera el número de teléfono o el correo electrónico de los ciudadanos inscritos.

El SLR no actúa en el caso de la publicidad ciega o de buzoneo, ni tampoco en el caso de los envíos de marketing directo de empresas no adheridas al SLR. La FECEDM excepciona asimismo los "Impresos insertos en revistas o en sus facturas", y no prohíbe a sus adheridos el envío de comunicaciones comerciales a otras personas que puedan compartir dirección postal con la persona registrada en el SLR.

²⁰ Pueden mencionarse, por ejemplo, los ficheros británicos *Telephone Preference Service* (TPS), *Mailing Preference Service* (MPS) y *Fax Preference Service* (FPS); el *National Do Not Call Registry* de EEUU; las *Do not call laws* canadienses o el Registro Público de Consumidores (RPC) y el mexicano.

²¹ Hay que entender que la exclusión abarca también a la realización de encuestas cuyo objetivo es la obtención de información para fines comerciales (actualización de ficheros, perfiles de compra, etc.)

La FECEMD no se compromete a conseguir que el consumidor registrado no reciba ofertas de empresas con las que ha tenido alguna relación comercial (compra de productos o servicios) de la que es cliente. En ese caso aconseja dirigirse directamente al proveedor.

El SLR ofrece a los consumidores una exclusión de carácter global con las excepciones arriba señaladas. No existe la posibilidad de seleccionar unos u otros sectores de actividad para no recibir Sólo de ellos comunicaciones comerciales.

Se contempla un plazo de entre 3 y 6 meses desde que un ciudadano se da de alta en la lista hasta que el servicio *opt out* es efectivo

Las empresas asociadas a la FECEMD y el resto de las adheridas al servicio reciben trimestralmente, en soporte informático, las listas actualizadas de consumidores inscritos para la depuración de sus listados y la gestión de sus envíos de marketing directo. Para los miembros de la Federación la adhesión al servicio es automática (vale decir, obligatoria) y gratuita. Los no miembros adheridos deben abonar una tarifa. El registro es gratuito para los consumidores.

Pueden adherirse al SLR todas las empresas y profesionales de la cadena de valor del marketing directo: proveedores, propietarios y titulares de listados, agentes de listados, *lists brokers*, servicios informáticos de proceso de datos, manipuladores, agencias de publicidad directa, consultores, etc²².

El Código Regulador del SLR contempla que las empresas de venta por correo:

- Garanticen la correcta actualización de todos sus ficheros con los nuevos registros de la Lista Robinson, antes de que sean usados en sus *mailing* promocionales.
- Cancen en sus listas de aquellos nombres y direcciones de las personas que lo soliciten directamente a la empresa, siempre y cuando la persona le suministre la información necesaria para que pueda llevarse a cabo su petición. Cuando no sea suficiente la información dada por la persona, la empresa deberá advertirle de los datos suplementarios que necesita para llevar a cabo su petición.
- Informen de la existencia del Servicio de Listas Robinson a aquellos peticionarios directos cuyas peticiones sean "muy exaltadas y generalizadas contra la publicidad directa".

Por su parte, los propietarios y titulares de listados deben garantizar:

- Que los listados que puedan ofrecer, ya sea directamente a empresas de venta por correo, o a través de *lists brokers*, hayan sido actualizados con los nuevos registros de la Lista Robinson.

²² En esta cadena de valor, se denomina "*list brokers*" a los profesionales y empresas dedicados a la intermediación en el ámbito del marketing directo (compra y venta/alquiler de direcciones con finalidad comercial). Se denomina "manipuladores" a los profesionales y empresas encargados de preparar los envíos de marketing postal: ensobrado de cartas, embuchado de catálogos, etc.

- La cancelación, en sus propias listas o en aquéllas que van a ofrecer, de los nombres y direcciones de las personas inscritas en la lista Robinson o de quienes, de manera individual, se dirijan a ellas y soliciten su deseo de no estar incluidas en listas para promociones publicitarias.

Los *list brokers*, servicios informáticos y manipuladores adheridos al servicio deben garantizar que no usarán listas de consumidores que no hayan sido o vayan a ser actualizadas con los nuevos registros de las listas Robinson, así como aconsejar a sus clientes su adhesión como miembros al SLR.

Las agencias de publicidad y consultorías adheridas al servicio deberán aconsejar a sus clientes la adhesión como miembros al SLR o, en su caso, hacer sólo uso de listas de consumidores que hayan sido o sean actualizadas con los nuevos registros de la Lista Robinson.

La FECEMD cuenta con un Comité de Protección del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal y con un Código Ético de Protección de Datos Personales del sector del Marketing Directo, a la luz el cual el Comité actúa²³. El procedimiento, *grosso modo*, es el siguiente:

- Cuando se produce una reclamación ante la FECEMD de un consumidor inscrito que ha recibido comunicaciones comerciales por vía postal de una empresa adherida y de la que no es cliente, el Comité informa a la empresa para que esta justifique su práctica de manera escrita u oral.
- Si el Comité considera que el incumplimiento de las normas ha sido no intencionado y dicho miembro se compromete a que no volverá a ocurrir, no se adopta ninguna decisión contra la compañía.
- Si, por el contrario, el Comité considera que sí ha existido una violación del SLR, podrá recomendar una acción disciplinaria e incluso la suspensión como miembro adherido al Servicio. El Comité se reserva el derecho de dar publicidad externa a la sanción, así como de emprender acciones legales en caso de que de la mala práctica devengan comportamientos ilícitos y ello afecte a la credibilidad de esta actividad de marketing directo.

Durante mucho tiempo el SLR se ha mantenido como modelo independiente de la vía legal de la protección de datos, con un cierto reconocimiento, o, al menos, conocimiento, por parte de la Agencia Española de Protección de Datos²⁴, en el sentido de considerar que un ciudadano dado de alta en la lista de exclusión, en determinados supuestos, ha ejercido su derecho de oposición y revocación ante las empresas vinculadas por el Código Regulator del servicio. Esta situación

²³ En la actualidad, el Código ha quedado subsumido en el Código Ético de Comercio electrónico y Publicidad Interactiva por decisión de la FECEMD (*vid infra*), lo que ha creado un vacío en el tratamiento de las posibles reclamaciones provenientes precisamente del SLR centrado en el marketing postal.

²⁴ Su fichero figura inscrito desde el año 2001 en el Registro General de Protección de Datos.

cambia con la aprobación del RLOPD, que como hemos indicado establece para este servicio un nivel de exigencia inexistente hasta el momento. Ello hace que en estos momentos el SLR esté sometido a una profunda revisión, que podría suponer la extensión del servicio al menos al ámbito telefónico, y a su adecuación a lo que el Reglamento señala para los ficheros comunes de exclusión comercial.

No existen muchos datos sobre el funcionamiento y resultados del SLR desde su creación, y la propia FECEMD es bastante remisa a proporcionarlos. Según diferentes informaciones recogidas para la elaboración de este informe, en la actualidad podría contar con algo más de 45.000 altas, lo que supone en torno al 0,01 de la población española mayor de edad. Esta ratio es muy inferior a la existente en otros países de la UE como Gran Bretaña, Holanda o Suiza, que se acercan o superan el 2% de su población adulta. El número de empresas adheridas se sitúa alrededor de 380 entidades.

El SLR cuenta con un sello de calidad, de uso facultativo por parte de sus miembros adheridos, que, en todo caso, no deberá utilizarse de forma confusa ni asociarse a la calidad del producto. La pérdida de la condición de miembro del SLR conlleva *ipso facto* la supresión del derecho a utilizar el sello. El Comité de Protección de datos de FECEMD, puede igualmente pronunciar sanciones o decidir la retirada temporal o definitiva del sello de calidad cuando se haya hecho de él un uso abusivo, ilícito, desleal o fraudulento.

El SLR ofrece también la opción de listas de preferencia, en las que se pueden inscribir las personas que quieran recibir más publicidad, en particular la relacionada con determinados temas que el interesado debe especificar (moda, deporte, turismo, hogar, deportes, etc.). El número de adscritos a estas listas no supera el millar.

Los códigos tipo

La LOPD y el RDLOPD contemplan la existencia de códigos tipo para adecuar lo establecido en la citada Ley Orgánica y en el reglamento a las peculiaridades de los tratamientos efectuados por quienes se adhieren a los mismos.

Se trata, en definitiva, de códigos deontológicos o de buenas prácticas profesionales de carácter sectorial y voluntarios, pero vinculantes para quienes se adhieran a los mismos. Podrán referirse

- A la totalidad o a parte de los tratamientos llevados a cabo por entidades pertenecientes a un mismo sector, debiendo ser formulados por organizaciones representativas de dicho sector, al menos en su ámbito territorial de aplicación, y sin perjuicio de la potestad de dichas entidades de ajustar el código tipo a sus peculiaridades.
- A la totalidad de los tratamientos llevados a cabo por una empresa.

Los códigos tipo deben redactarse en términos claros y accesibles, respetar la normativa vigente e incluir, como mínimo, con suficiente grado de precisión, la delimitación clara y precisa de su ámbito de aplicación, las actividades a que el código se refiere y los tratamientos sometidos al mismo; las previsiones específicas para la aplicación de los principios de protección de datos; el establecimiento de estándares homogéneos para el cumplimiento por los adheridos al código de las obligaciones legales; el establecimiento de procedimientos que faciliten el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; la determinación de las cesiones y transferencias internacionales de datos que, en su caso, se prevean, con indicación de las garantías que deban adoptarse; las acciones formativas en materia de protección de datos dirigidas a quienes los traten, especialmente en cuanto a su relación con los afectados; los mecanismos de supervisión a través de los cuales se garantice el cumplimiento por los adheridos de lo establecido en el código tipo.

En particular, deberán contenerse en el código: cláusulas tipo para la obtención del consentimiento de los afectados al tratamiento o cesión de sus datos; Cláusulas tipo para informar a los afectados del tratamiento, cuando los datos no sean obtenidos de los mismos; modelos para el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; modelos de cláusulas para el cumplimiento de los requisitos formales exigibles para la contratación de un encargado del tratamiento, en su caso. Además, podrán incluir cualquier otro compromiso adicional que asuman los adheridos para un mejor cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos o que puedan establecer las entidades promotoras y, en particular, sobre: la adopción de medidas de seguridad adicionales a las exigidas por la Ley Orgánica y el Reglamento, la identificación de las categorías de cesionarios o importadores de los datos; las medidas concretas adoptadas en materia de protección de los menores o de determinados colectivos de afectados; el establecimiento de un sello de calidad que identifique a los adheridos al código.

Los códigos tipo deberán incluir procedimientos de supervisión independientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los adheridos, y establecer un régimen sancionador adecuado, eficaz y disuasorio. El procedimiento que se prevea deberá garantizar la independencia e imparcialidad del órgano responsable de la supervisión, la sencillez, accesibilidad, celeridad y gratuidad para la presentación de quejas y reclamaciones ante dicho órgano por los eventuales incumplimientos del código tipo; el principio de contradicción; una graduación de sanciones que permita ajustarlas a la gravedad del incumplimiento.

Esas sanciones deberán ser disuasorias y podrán implicar la suspensión de la adhesión al código o la expulsión de la entidad adherida. Asimismo, podrá establecerse, en su caso, su publicidad y procedimientos para la determinación de medidas reparadoras en caso de haberse causado un perjuicio a los afectados como consecuencia del incumplimiento del código tipo.

El código tipo deberá incorporar como anexo una relación de adheridos, que deberá mantenerse actualizada, a disposición de la Agencia Española de Protección de Datos, e inscribirse en el Registro General de Protección de Datos. La AEPD dará publicidad a los códigos tipo inscritos, preferentemente a través de medios informáticos o telemáticos.

Las entidades promotoras o los órganos, personas o entidades que al efecto se designen en el propio código tipo tendrán, entre otras, la obligación de mantener accesible al público la información actualizada sobre el código y sus procedimientos; presentar a la AEPD una memoria anual sobre sus actividades; evaluar (al menos cada cuatro años) la eficacia del código tipo, midiendo el grado de satisfacción de los afectados y, en su caso, actualizando su contenido para adaptarlo a la normativa vigente en cada momento.

Existen ya en España una gran variedad de códigos tipo, tanto de empresas privadas, como de colegios profesionales, asociaciones profesionales o universidades.

En el campo específico de las comunicaciones comerciales, la fusión del Código Deontológico de la Publicidad en Internet, creado por Autocontrol, y del Código de Protección de Datos Personales en Internet de la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing (AECEM), ambos de finales de los años 90, dio lugar en 2002 al Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva²⁵.

Este código prohíbe prácticas como el *harvesting* (recogida masiva o indiscriminada de direcciones de correo electrónico en páginas web o servicios *online* a través de cualesquiera tecnologías o medios) o los *dictionary attacks* (creación de direcciones de correo electrónico usando combinaciones aleatorias de nombres, letras y números).

Más en concreto, se establece:

- El respeto a la legislación vigente en materia de protección de datos personales por parte de las empresas que realicen publicidad a través de medios electrónicos de comunicación a distancia.
- Que los datos obtenidos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas de su tratamiento.
- El compromiso de cancelación cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para dicha finalidad, o cuando lo solicite el titular en el ejercicio de su derecho de cancelación.
- El respeto a la privacidad de los usuarios y la garantía del secreto y seguridad de los datos personales, adoptando las medidas técnicas y organizativas necesarias y posibles.
- La promoción de la educación del consumidor sobre cómo proteger su intimidad en los medios electrónicos de comunicación a distancia.
- El compromiso de información previa sobre la existencia de un fichero o tratamiento, finalidad, destinatarios de la información, identidad del responsable del fichero y del tratamiento, carácter obligatorio o facultativo de la respuesta a las preguntas que en su

²⁵ La última versión de este Código data de 2005. En la actualidad forma parte del sistema de autorregulación "Confianza on line", sello de la Agencia para la Calidad en Internet que cuenta por ahora con el único distintivo público otorgado por el Instituto Nacional de Consumo español de acuerdo con el REAL DECRETO 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula dicho distintivo de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

caso les sean planteadas, consecuencias de la obtención de los datos o la negativa a suministrarlos. Posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, poniendo para ello a su disposición mecanismos de utilización sencillos (como dirección de correo electrónico y postal).

- Información expresa, precisa e inequívoca de la procedencia de los datos y de los extremos anteriores cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del titular, dentro de los tres meses siguientes al registro de los datos si no ha sido informado de los mismos con anterioridad.
- Información en la web de la empresa en caso de que a su través se recaben o capturen datos personales, para que el consumidor pueda si lo desea, ejercitar su derecho de oposición. Información adecuada y comprensible sobre el uso de cookies y otros dispositivos similares, que se utilizarán en todo caso de modo dissociado de los datos personales.
- La cesión de datos a terceros sólo cuando tengan relación directa con el cumplimiento de los fines del cedente y el cesionario y se cuente con el consentimiento informado del titular.
- La revocación del consentimiento "cuando exista una causa justificada para ello", y no se le atribuyan efectos retroactivos.
- En el caso de los menores, limitación al recabar y ceder los datos en función de las edades, respeto por el consentimiento paterno, promoción de la información adecuada para éstos y sus hijos.

Las empresas adheridas al Código y, por tanto, al sistema de autorregulación que éste establece, podrán insertar en su web y en otras formas de comunicación el Sello de Confianza de este sistema de autorregulación.

El control del cumplimiento de las normas del presente Código corresponde a dos órganos extrajudiciales, uno de carácter privado y el otro público: el Jurado de la Publicidad de Autocontrol en el caso de las controversias relacionadas con las comunicaciones comerciales y la Junta Arbitral Nacional de Consumo en el caso de controversias relacionadas con la contratación electrónica y que no hayan podido ser resueltas a través de la mediación de AECCEM en un plazo de siete días laborables desde su recepción.

Las asociaciones adheridas podrán ser sancionadas con apercibimiento, privación temporal o definitiva del Sello de Confianza, o su exclusión o expulsión del sistema Confianza Online. La imposición de dichas sanciones podrá ser hecha pública.