EL FIN DE LAS LLAMADAS COMERCIALES NO DESEADAS

Helena Palomino Moraleda [**]
Profesora Ayudante
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 18 de julio de 2023

El 28 de junio de 2022 se publicaba la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. La nueva regulación incluye en su artículo 66.1 b) el siguiente derecho a favor de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración:

> *b) a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la comunicación pueda ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales.*

La Disposición final sexta estableció que este derecho entraría en vigor un año después de la promulgación de la Ley 11/2022, el 29 de junio de 2023. Un año después, y ante las dudas que la interpretación del artículo plantea a particulares y responsables de tratamiento que realicen llamadas comerciales, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, "AEPD") ha publicado una Circular sobre su aplicación que da

[*] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado "Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible", con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.
[**] ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-3196-3251

continuidad al informe que ya emitió al respecto en mayo de este año[1] y con los que pretende ofrecer seguridad jurídica a las partes implicadas.

El art. 66.1 b) de la Ley General de Telecomunicaciones supone un cambio sustancial respecto del régimen jurídico que planteaba la derogada Ley 9/2014. En la anterior regulación se reconocía a los usuarios finales el derecho a oponerse a recibir llamadas, la nueva Ley de Telecomunicaciones reconoce el derecho de los usuarios a no recibir llamadas con fines comerciales no solicitadas salvo que exista un consentimiento previo del usuario o que la llamada pueda ampararse en el Reglamento General de Protección de Datos. Es decir, el usuario no tendrá que solicitar expresamente no recibir llamadas con fines comerciales, sino que *per se* la nueva regulación le reconoce que tiene el derecho a no recibirlas e impone a quienes realicen llamadas con fines comerciales la obligación de no realizarlas. Ahora, será el consentimiento lo que tendrá que comunicarse de forma expresa y no la oposición a las llamadas.

Por tanto, solo en los casos en los que medie consentimiento expreso del usuario final o exista un interés legítimo del responsable o de terceros podrá considerarse lícita la llamada comercial. En este sentido, la Circular establece que el consentimiento debe haber sido prestado conforme al Reglamento Europeo de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos de España. En el caso de que los usuarios figuren en las guías de abonados se requerirá igualmente que se haya otorgado un consentimiento específico previo para que sus datos puedan ser usados para fines comerciales. En cuanto al interés legítimo de los prestadores o de terceros para realizar llamadas con fines comerciales, este vendrá justificado cuando no prevalezca sobre los interés o derechos fundamentales del interesado, en particular cuando el interesado sea un niño. Dado el cambio del legislador en la nueva Ley General de Telecomunicaciones, esta excepción que se contempla para el derecho a no recibir llamadas no deseadas debe tener una interpretación restrictiva. Para esto, el responsable debe realizar una ponderación de los derechos en conflicto que podrá ser requerida por la AEPD. Para una adecuada ponderación se establece una presunción *iuris tantum* de prevalencia del interés legítimo del responsable en los supuestos contemplados en el artículo 21.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Así, se establece que, salvo prueba en contrario, será lícita la llamada realizada con fines comerciales cuando exista una relación contractual previa siempre que el responsable hubiera obtenido los datos de contacto del usuario final de forma lícita y los empleara, únicamente, para comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que fueran similares a los que fueron objeto de la inicial contratación. En

[1] Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD relativo a la interpretación del art. 66.1 b) de Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. Disponible en https://www.aepd.es/es/documento/2023-0040.pdf

todo caso, el prestador deberá informar al usuario la posibilidad de oponerse a las llamadas comerciales. Esta presunción solo ampara a la empresa con la que se contrató y no a otras del mismo grupo empresarial que necesitarán recabar el preceptivo consentimiento previo del usuario. Si la relación contractual ya no está en vigor o no se ha realizado ninguna interacción con la empresa durante el último año, la llamada con fines comerciales no estará amparada en esta presunción. El interés legítimo de la empresa no prevalece sobre el derecho de los usuarios a no ser llamados en los casos de llamadas a números generados de forma aleatoria para lo que debe constar el consentimiento previo expreso del usuario. Quienes trabajen para una empresa o sean profesionales liberales podrán recibir llamadas comerciales referidas a productos y servicios comerciales relacionadas con la actividad empresarial pero no a título individual.

Según la AEDP, deben adoptarse garantías adicionales para proteger el derecho del usuario cómo la de informar sobre la identidad del empresario que realiza la llamada e indicar la finalidad comercial de la misma, informando de la posibilidad de revocar el consentimiento o ejercer el derecho de oposición a recibir llamadas comerciales no deseadas. Cualquier manifestación inequívoca del usuario a no recibir llamadas comerciales deberá entenderse cómo revocación del consentimiento o el ejercicio de su derecho de oposición y atenderse de inmediato a este deseo. Las llamadas serán grabadas cómo medio para demostrar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos.