

- **Procedimiento N°: PS/00416/2019**

## RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

### ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 03/09/2018, tuvo entrada en esta Agencia una reclamación presentada por **A.A.A.** (en lo sucesivo el reclamante 1), contra la entidad **MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L.**, con NIF **B85623775** (en lo sucesivo MIRACLIA o la reclamada), por la utilización de sus datos personales para hacerle una broma sirviéndose para ello de la aplicación “**\*\*\*APLICACIÓN.1**”, mediante llamada telefónica a su línea móvil **\*\*\*TELÉFONO.1** en la que una persona fingía ser un agente de policía, la cual tuvo lugar el día **\*\*\*FECHA.1**. Con este motivo, denuncia la grabación realizada sin su conocimiento ni consentimiento, la difusión de dicha grabación a terceros, también sin su consentimiento, y que la llamada se produce desde un número oculto. Añade que la línea habilitada como contacto por aquella compañía es de tarificación adicional, que conlleva un coste para el interesado que pretenda contactar con la misma. Manifiesta que dispone de una copia de la grabación, que le fue facilitada por la persona que utilizó los servicios de MIRACLIA y solicita que sus datos sean cancelados, así como la apertura de un procedimiento sancionador.

Esta reclamación fue trasladada a la entidad MIRACLIA. En respuesta a lo manifestado por el reclamante 1, MIRACLIA informa a esta Agencia que la broma a la que se refiere el reclamante es ajena a la aplicación “**\*\*\*APLICACIÓN.1**”, en cuyo catálogo de bromas no existe ninguna que tenga que ver con policías.

Sobre el tratamiento de datos personales, indica que no almacena datos del abromado (en lo sucesivo, también, interesado o persona que recibe la llamada de broma): ni grabaciones ni teléfono, que estará en el dispositivo móvil del bromista (en lo sucesivo, también, usuario de la aplicación o persona que encarga la llamada de broma); limitándose a prestar un servicio al usuario de la aplicación (el bromista) que elige la broma, introduce el teléfono del destinatario y, previa la aceptación de los términos y condiciones, genera la grabación. MIRACLIA, por tanto, no tiene forma de saber si el reclamante ha recibido una broma de “**\*\*\*APLICACIÓN.1**” (advierte al respecto que existen otras aplicaciones similares), y sólo puede bloquear el número de línea telefónico del abromado, aún sin saber si efectivamente ha recibido la broma, o borrar la URL de la grabación si dispusieran de ella, cosa que no ocurre en este caso al no haberla aportado el reclamante 1.

Según MIRACLIA, es el bromista quien puede borrar la grabación, por lo que la petición del reclamante ha de dirigirse a éste. La actuación de la entidad, que no identifica a las personas abromadas, consiste en evitar que la persona destinataria de la broma reciba más llamadas en el futuro, bloqueando el teléfono, o proceder al borrado de la grabación mediante la URL de la broma, que no lleva ningún teléfono asociado, y siempre que el bromista no lo haya hecho previamente.

El usuario de la aplicación o bromista es advertido en dos ocasiones sobre la responsabilidad que conlleva la realización de la grabación.

Finalmente, MIRACLIA informa que desde la plena aplicación del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (en lo sucesivo RGPD), ha modificado su operativa con el objeto de no conservar ningún tipo de datos, quedando éstos en los teléfonos de los usuarios, siendo imposible identificar a los abromados. En el caso de que éstos últimos, los abromados, aportasen su número de línea, se podría proceder a su bloqueo para que no reciba llamadas en el futuro.

SEGUNDO: Con fecha 04/07/2019, tuvo entrada en esta Agencia una reclamación presentada por **B.B.B.** (en lo sucesivo la reclamante 2), contra la entidad MIRACLIA, señalando, al igual que el reclamante 1, que ha sido objeto de una broma (agradecimiento por su voto a **XXXXX**) que fue grabada y difundida por redes sociales con la mención de su nombre, llevada a cabo utilizando la aplicación **“\*\*\*APLICACIÓN.1”** (aporta el enlace al audio objeto de la denuncia **–“\*\*\*ENLACE.1”**, que permite el acceso al audio correspondiente a la llamada). Solicita la eliminación de su número de línea de telefonía móvil en la que recibió la llamada de la base de datos de la compañía responsable y la eliminación del audio de la red. Denuncia, asimismo, que se realicen mensajes xenófobos de la supuesta “asociación de amigos de **XXXXX**”.

TERCERO: Las reclamaciones a las que se refieren las actuaciones fueron admitidas a trámite mediante resoluciones de fecha 20/11/2018 (la relativa al reclamante 1) y 09/08/2019 (la relativa a la reclamante 2).

CUARTO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante 1, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento RGPD, y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), a la que se vinculó igualmente la reclamación formulada por la reclamante 2.

Como resultado de dichas actuaciones, el informe elaborado por la inspección actuante pone de manifiesto lo siguiente:

1. Realizado requerimiento de información a MIRACLIA sobre diversos aspectos, con fecha 25/06/2019 se recibió en esta Agencia escrito procedente de dicha compañía en el que realiza las siguientes manifestaciones:
  - a. Al final de la llamada de broma, el receptor escucha una locución ofreciéndole la posibilidad de no permitir la generación del fichero con la grabación de la broma. La locución es la siguiente:  
*“Un amigo suyo le ha gastado una broma. En caso de que no quiera que su amigo pueda escuchar, descargar o difundir la broma, o en caso de que no quiera recibir más bromas, pulse 5 con su teclado después de la señal. Beep”*

Añaden que adicionalmente, se puede eliminar la broma conociendo la url de la grabación de la broma y enviando un correo a **\*\*\*EMAIL.1** indicando esa url.

- b. Entre otros aspectos técnicos, indican que, una vez programada la broma, la llamada se inicia desde los servidores de Voz sobre IP de la reclamada en la fecha y hora especificadas.

El usuario bromista descarga la aplicación y acepta los términos y condiciones de la misma. En ese momento se genera su perfil de usuario para utilizar un servicio de Voz sobre IP y se le asigna una numeración, la cual se le alquila mientras es usuario de la aplicación y realiza cada llamada. Para hacer uso de la aplicación, elige una broma del catálogo e introduce el teléfono del destinatario de la broma y programa una fecha y hora, y la llamada de Voz sobre IP sale de los servidores en la nube a esa hora que ha programado el usuario bromista.

Si el usuario bromista selecciona grabar la llamada (y el receptor de la misma, al recibir la llamada no elige la opción de que no se grabe según se indica en el punto anterior), se generará un fichero de audio con el contenido de la misma. El fichero de audio generado está disponible en una URL a la que solamente el bromista usuario de la aplicación tiene acceso y solamente el bromista en su propio dispositivo donde tiene instalada la aplicación tiene asociado ese contenido al nº de teléfono del destinatario de la llamada, pues los servidores de **\*\*\*APLICACIÓN.1** no almacenan ningún dato personal del destinatario de la llamada.

- c. En los términos y condiciones de uso de la aplicación se les informa a los usuarios bromistas que la compañía podría eliminar sus perfiles (incluyendo los contenidos/grabaciones) tras 6 meses de no uso de la aplicación.

2. Con objeto de determinar el funcionamiento exacto de la aplicación y las posibles variaciones incorporadas en la aplicación desde la última reclamación, el inspector instaló en su terminal móvil la aplicación **“\*\*\*APLICACIÓN.1”**. La aplicación consta de 3 pestañas: “Listado” (de bromas disponibles), “Ejemplos” y “Mis bromas”. En esta última pestaña es donde se guardarán las bromas realizadas por el bromista si no son eliminadas.

Se comprueba que en el listado de bromas disponibles constan las bromas relacionadas con el reclamante 1 y la reclamante 2.

3. Con fechas 6, 9 y 12 de septiembre de 2019, los Servicios de Inspección de la Agencia realizaron unas pruebas consistentes en descargar la aplicación **“\*\*\*APLICACIÓN.1”** en un terminal móvil y proceder a su uso. Como resultado de estas pruebas se obtuvieron las constataciones que constan reseñadas en el Hecho Probado Segundo.

4. Se ha constatado que en la página web **“\*\*\*APLICACIÓN.1.es”** se ofrece un sistema gratuito e inmediato para incluir un número de teléfono en la lista de teléfonos bloqueados. Según manifestación de MIRACLIA, el número de teléfono se almacena encriptado en sus sistemas.

Se realizó una prueba dando de alta el número de teléfono correspondiente a la segunda SIM del terminal del inspector y, a continuación, se intentó realizar una broma a este número de teléfono. La aplicación no permitió la ejecución de la broma.

5. En cuanto a la cuestión de la difusión de la broma, que está presente en las reclamaciones, hay que aclarar que MIRACLIA no dispone de ningún sitio público donde se publiquen o plataforma alguna de difusión de las bromas. Las bromas solo las puede difundir el usuario bromista mediante el envío del enlace al archivo de audio: en el listado de bromas realizadas por el bromista, junto a cada una de las bromas no eliminadas por el receptor de la broma siguiendo el procedimiento indicado, aparece un icono para descargar el archivo de audio de la grabación de la conversación telefónica de la broma, otro para escucharla y un tercero para compartirla (se envía el enlace al archivo de audio de la grabación a través del medio que se haya elegido para compartirla -este es el único momento en el que el bromista conoce el enlace al archivo de audio).
6. Con fecha 26/08/2019, por los Servicios de Inspección se accede a la web “**\*\*\*WEB.1**”, a la URL correspondiente a la grabación de la broma realizada a la reclamante 2. Se comprueba que utilizando el botón derecho se muestran distintas opciones, entre ellas la de reproducir y descargar la grabación.

La inspección actuante recoge en su informe una reseña de las pruebas de funcionamiento de la aplicación “**\*\*\*APLICACIÓN.1**” realizada con motivo de alguna actuación anterior desarrollada por la Agencia (expediente E/02003/2018). Con respecto al tratamiento por parte de la reclamada de los datos personales del destinatario, en dicho informe se indica lo siguiente:

- I. Almacenamiento del teléfono del destinatario. Se almacena el teléfono del destinatario en los sistemas de la reclamada hasta el momento de realizar la llamada. Las llamadas de broma pueden ser instantáneas o programadas especificando fecha y hora de ejecución.
- I. Grabación de la broma. Permanece en los sistemas de la reclamada hasta que el bromista decide eliminarla, el destinatario de la broma decide ejercer su derecho de supresión, para lo cual debe conocer el enlace web a la broma, o como norma general, un periodo de tiempo de 6 meses de no uso de la aplicación establecido por la reclamada.
- I. No existen en los sistemas de la reclamada otros datos personales del destinatario de la broma adicionales a los reflejados en los anteriores puntos I y II.

QUINTO: Con fecha 19/11/2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad MIRACLIA, de conformidad con lo previsto en el artículo 58.2 del RGPD, por la presunta infracción de los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) del citado Reglamento; y por la presunta infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del citado Reglamento; determinando que la sanción que pudiera corresponder ascendería a un total de 100.000,00 euros (50.000,00 euros por cada una de las infracciones imputadas), sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

Asimismo, a los efectos previstos en el artículo 58.2.d) del RGPD, en dicho acuerdo de inicio se advertía que las infracciones imputadas, de confirmarse, podrán conllevar la imposición a la entidad MIRACLIA de la obligación de adoptar las medidas necesarias para adecuar a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos prestan su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales;

todo ello con el alcance expresado en los Fundamentos de Derecho del repetido acuerdo de inicio del procedimiento y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

SEXTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, MIRACLIA presentó escrito de alegaciones en el que solicita la reducción de la sanción a la que se hace referencia en el acuerdo de apertura del procedimiento, habida cuenta las alegaciones formuladas y las medidas inmediatas adoptadas. Basa su pretensión en las consideraciones siguientes:

1. Como cuestión preliminar, advierte la citada entidad que ha sido objeto de varios procedimientos sancionadores con anterioridad (por ausencia de consentimiento únicamente), que están siendo revisados ante el Tribunal Supremo, tres de ellos ya admitidos formalmente a trámite y pendientes de vista oral. En dichos procedimientos se discute la posición de MIRACLIA en la relación personal entre bromista y abromado al facilitar un medio de ocio entre particulares, así como la existencia o no de datos personales y la base jurídica del tratamiento (el interés legítimo, según la entidad), pues de otra forma el hecho de gastar una broma no sería posible. Acompaña copia de uno de los recursos de casación, en los que se resumen, según MIRACLIA, sus argumentos.

A raíz de esos casos, y la entrada en vigor del RGPD, realizó una modificación de sus sistemas para evitar que los datos estuviesen almacenados en los servidores de MIRACLIA, alejando la idea de “tratamiento de datos personales” y apostando, según sus manifestaciones, por ser un medio de comunicación como puede ser una línea telefónica. Es un intermediario en una relación entre particulares, siendo el usuario que gasta la broma el responsable de la información. También es el que introduce el teléfono.

MIRACLIA indica que solo dota de seguridad al proceso, pero no es capaz de identificar al abromado ni de vincularle con ningún otro dato; no guarda el teléfono al que se dirige la broma no lo asocia al archivo de audio, que queda cifrado con un código. Añade que bloquea el teléfono del destinatario de la broma cuando solicita no recibirlas, borra la grabación cuando así se solicita y no dispone de listados de teléfonos de abromados, listados de grabaciones o similar.

Es algo similar, dice MIRACLIA, a lo que ocurre con Instagram o Twitter cuando un particular hace una foto y la sube a estas redes sociales, las cuales no son responsables de estos hechos y, como mucho, habilitan medios para solicitar la retirada del contenido. Tampoco una empresa dedicada el envío de regalos sorpresa tiene que pedir permiso anterior al destinatario. De otra forma, no sería posible la actividad.

2. En relación con la reclamación formulada por el reclamante 1, reitera que la broma a la que hace referencia no figura en el catálogo de bromas de \*\*\*APLICACIÓN.1.

Sobre la segunda reclamación manifiesta que la interesada no se dirigió a la entidad para solicitar la supresión de sus datos y que esta solicitud pudo realizarla desde el momento mismo de la llamada o posteriormente, al disponer de la URL con la grabación. Según MIRACLIA, esta denuncia evidencia que lo solicitado habitualmente es la supresión de la broma. En este caso, transcurrieron casi tres meses, cuando en el mismo día se podría haber satisfecho el derecho.

3. Sobre las pruebas realizadas por el inspector:

- La grabación no queda materializada en un fichero de audio con su correspondiente URL hasta que el usuario que hace la llamada confirma que ha aceptado los Términos y Condiciones por segunda vez y genera el fichero de audio.
- El borrado de las bromas se produce con el envío de un tono DTMF durante la llamada, que los operadores deben garantizar su funcionamiento. Lamentablemente en el mundo VoIP (que es la tecnología con la que los operadores prestan el servicio de envío de las llamadas telefónicas desde los servidores de \*\*\*APLICACIÓN.1), esto no siempre es así dependiendo de la ruta que haya seguido la llamada, lo cual está detrás de la inestabilidad que pueda tener el sistema.
- La usabilidad de borrado tras mantener pulsación es algo que MIRACLIA considera intuitivo porque muchas apps de mensajería lo realizan de la misma forma. Se trata ya de un estándar de usabilidad de los smartphones.
- El número de teléfono para las bromas programadas queda encolado con la llamada a realizar. Cuando ésta se realiza, desaparece de los sistemas. En ningún momento queda guardado el número de teléfono y la grabación en el mismo momento y lugar, con lo cual es imposible que haya asociación entre ambos datos. El fichero de la grabación se genera cuando el bromista acepta su generación, lo cual sólo se produce cuando la llamada ha finalizado y el abromado no ha pulsado la tecla 5. Si el bromista no aceptara la generación de la grabación, no existe conversión del audio en un fichero accesible vía URL y, por tanto, incluso ni el usuario podría acceder al fichero. El audio serían unos bits en memoria temporal sin que genere un fichero cerrado de audio.

4. Sobre el funcionamiento de la aplicación: la información y la base jurídica que legitima el tratamiento de datos.

Cuestiona que la información pueda considerarse dato personal, por cuanto MIRACLIA es incapaz de identificar a los abromados de manera sencilla y sin medios desproporcionados, a partir del número de telefonía móvil o de los archivos de voz (STS 2484/2019: *“una persona física no se considera identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionadas”*). En este caso, el único que puede identificar al abromado es el usuario y para MIRACLIA el destinatario es anónimo.

Sobre el deber de información señala lo siguiente:

MIRACLIA adoptó medidas adicionales para garantizar la seguridad de la información tratada y que el número de teléfono se almacenara en el dispositivo del usuario y no en los servidores de la entidad. Inicialmente, el teléfono del abromado se almacenaba para facilitar cualquier solicitud de información del afectado, si bien, según indica MIRACLIA, de forma encriptada irreversible con algoritmo sha-2 evitando el uso del número para cualquier acción que no fuera dar ese soporte, dado que sólo se podía recuperar si alguien (ej: el propio abromado) lo facilitaba.

Al mismo tiempo, se incluyó al final de la broma una nota informativa sobre el tratamiento de datos que, aunque es cierto que la locución actual no informa de todo lo exigido en el artículo 14 del RGPD, sí se indica cómo oponerse al tratamiento de los datos y su supresión (insiste en que considera que no trata datos personales, pero, “ad cautelam”, informa y ofrece garantías).

Igualmente, en la política de privacidad insertada de la web y en los Términos y Condiciones de la app se informa de lo siguiente:



*“Miraclia no recoge datos de los destinatarios de las bromas. La actividad de Miraclia es la de facilitar un medio de telecomunicaciones para que el titular del teléfono que se descarga la app, elija una broma y la grabe, quedando los datos relativos al destinatario de la llamada almacenados en el terminal del propio usuario sin que Miraclia conserve información del número de teléfono del destinatario. Miraclia presta un servicio de almacenamiento en la nube de los ficheros de audio del cliente y en ningún momento difunde ni comparte con nadie esa información, dado que es información privada del usuario de la aplicación”.*

Por otra parte, con motivo de las presentes actuaciones, conocida la imputación realizada por primera vez en relación con los defectos de información, ha procedido de inmediato a su subsanación completando la información ofrecida al final de la conversación de la broma como sigue:

- Que alguien ha gastado una broma para pasar ambos un buen rato.
- Que para la misma ha utilizado la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 propiedad de MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L.
- Que para oponerse a que dicha broma llegue al bromista y para suprimirla puede pulsar la tecla 5.
- Que tiene más información pulsando la tecla 1.

Y al pulsar la tecla 1 se ofrece la explicación detallada, también incluida en la web. De este modo, de la información que no facilitaba al interesado, ahora ha incluido:

- La identidad de MIRACLIA
- Los datos de contacto del Delegado de Protección de datos
- El plazo de conservación
- La base de legitimación
- El ejercicio de los derechos al completo que si bien se garantizaban los de oposición y supresión (y también el de acceso cuando se solicitaba) se especifican ahora formalmente.

Se trata de una información por capas incluida al final de la conversación, en los Términos y Condiciones de la app, en la web de la entidad y en la sección preguntas frecuentes. Aporta el detalle correspondiente a la información insertada en el apartado “Preguntas frecuentes” de la web:

*“12.- No quiero recibir más bromas. ¿Qué debo hacer?*

*Si no quieres que ningún conocido te vuelva a mandar bromas, basta con que entres en Bloquear mi número e incluyas el número de teléfono. El número de teléfono que introduzca quedará bloqueado en las plataformas de manera que nunca nadie le podrá enviar una broma desde esta aplicación (ni por supuesto, ningún otro tipo de acción). El nº se almacena encriptado en los sistemas, de manera que nadie podrá recuperar ese nº para utilizarlo en el futuro”.*

*“16.- ¿Cómo puedo borrar una broma?*

*Las bromas se borran manteniendo pulsado el dedo unos segundos sobre la broma en cuestión”.*

Aclara, seguidamente, que lo anterior no supone su conformidad con la infracción ni con la sanción, pero dado que no es este un aspecto que se haya descuidado con mala fe o con propósito de eludir ningún cumplimiento, se vuelve a incluir “ad cautelam” de forma inmediata para su subsanación.

Sobre la base jurídica del tratamiento de datos manifiesta lo siguiente:

El consentimiento no puede ser la base jurídica para gastar una broma porque se desvirtuaría el hecho mismo de gastar una broma o del efecto sorpresa, como también ocurre en infinidad de casos, como el envío de flores o la subida de fotos de amigos a redes sociales. En este último caso, se garantizan los derechos de supresión y oposición, pero el responsable de la red social no solicita el consentimiento de las personas cuyos datos son subidos a la misma por otros usuarios.

Por ello MIRACLIA defiende la procedencia del interés legítimo como base de legitimación ex artículo 6.1.f) del RGPD. A estos efectos se ha realizado la correspondiente prueba de sopesamiento exigida, siguiendo las recomendaciones del extinto Grupo de Trabajo del artículo 29.

Es más, se ha valorado que la base jurídica sea la ejecución del contrato entre usuario y MIRACLIA, pero el abromado no es parte en dicho contrato.

Acompaña, a estos efectos, informe que justifica la procedencia del interés legítimo como base que legitima el tratamiento de datos y en el que concluye que, más allá de casos puntuales en los que el abromado se sienta molesto (que son casos testimoniales), no existe riesgo para las personas por haberse adoptado todas las medidas de seguridad para garantizar la seguridad del proceso, porque se garantiza el borrado de la broma si el abromado así lo solicita, el bloqueo de su teléfono y porque ahora además se ha incluido la información completa.

Añade que la grabación de una conversación entre particulares, cuando quien graba es uno de los participantes en la conversación, no es ilícito, según declara el Tribunal Constitucional en su sentencia el 29 de noviembre de 1984, STC 11/1984, cuando establece, entre otras consideraciones que *"Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado"*.

En el caso de \*\*\*APLICACIÓN.1, la parte que emite la llamada es consciente de la grabación de la misma. El usuario podría grabar la conversación con una grabadora, con el propio móvil o utilizando aplicaciones que graban las conversaciones. En lugar de ello utiliza un medio (\*\*\*APLICACIÓN.1, que le presta el servicio). Esa llamada se produce en un entorno doméstico entre particulares a los que la legislación de protección de datos no afecta.

Si MIRACLIA, tal y como venía haciendo hasta fechas recientes y ahora retoma dicha práctica informa de la grabación, está proporcionando mayores garantías (el abromado puede elegir borrar la grabación, borrarla a posteriori, bloquear su teléfono e impedir la difusión de la broma por el usuario)

## 5. Sobre las medidas adoptadas y la graduación de la sanción

Destaca MIRACLIA que las reclamaciones presentadas ante la Agencia representan un porcentaje ínfimo (0,00002%), frente a los centenares de usuarios que ha atendido a través



de diferentes vías (web, locución final tras la llamada y servicio de atención al cliente); que ha subsanado la falta de información completando los términos dispuestos en el artículo 14 del RGPD, aunque considera fundamental que sí ofrecía la posibilidad de oponerse y la supresión de los datos; y que la sanción propuesta obligaría al cierre de la empresa, por cuanto representa el 25% de su facturación, que ascendió a 476.000 euros en el año 2018, en el que se produjeron pérdidas.

Solicita una revisión a la baja de la sanción propuesta y, a tales efectos, considera que ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- . Que nos encontramos en un entorno de ocio que no produce perjuicio al abromado, ni se hace mal uso de sus datos personales.
- . El único dato en liza es el número de teléfono, que MIRACLIA no conserva y una grabación que solo el usuario puede generar y distribuir, los cuales la entidad no puede unir al no existir ningún fichero con el teléfono y la grabación.
- . Que la intención siempre ha sido cumplir la norma, garantizar la seguridad de los datos y minimizar al máximo la información.
- . Que nunca ha dejado de atender las peticiones de supresión.
- . Hasta el presente procedimiento, la infracción se ha centrado exclusivamente en la ausencia de consentimiento, sin la imputación por incumplimiento del artículo 14, que parece excesiva considerando que ha venido informando y ha procedido a su subsanación.
- . Se ha mostrado dispuesta a cooperar con la Agencia en todo momento y ha facilitado la información que le ha sido requerida.
- . En el proceso que se analiza, el abromado siempre es elegido por el usuario de la aplicación, a quien corresponde hacer un buen uso de la misma.
- . Que la cuestión sobre la base jurídica del tratamiento se está discutiendo en el Tribunal Supremo, quien decidirá si el tratamiento es anónimo para la entidad, si se han dispuesto las garantías de seguridad y si se trata de un medio que los particulares utilizan en su vida privada.

MIRACLIA aporta copia de uno de los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo en el año 2019, que fundamenta en los motivos siguientes:

1. Gastar una broma a través de una aplicación o de un medio en el que el usuario es soberano de la información que se facilita es un acto desarrollado en el ámbito doméstico o personal y por lo tanto queda excluido del ámbito de protección de la normativa de protección de datos.
2. La voz no es un dato personal si no permite identificar a su titular o si es necesario realizar esfuerzos desproporcionados para identificarlo.
3. La base jurídica del tratamiento de datos (si se estima que estamos ante datos personales) por parte de una aplicación que facilita un medio de ocio en el ámbito personal o doméstico de las personas se basa en el interés legítimo.

**SÉPTIMO:** Por otra parte, a través del “Sistema de Información del Mercado Interior” (en lo sucesivo IMI), regulado por el Reglamento (UE) nº 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (Reglamento IMI), cuyo objetivo es favorecer la cooperación administrativa transfronteriza, la asistencia mutua entre los Estados miembros y el intercambio de información, se recibió en esta Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) una reclamación de fecha 17/07/2019, formulada por un interesado ante la autoridad de protección de datos de Eslovenia (Information Commissioner). El traslado de esta reclamación a la AEPD se realiza de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del

RGPD, teniendo en cuenta su carácter transfronterizo y que esta Agencia es competente para actuar como autoridad de control principal.

La citada reclamación se formula contra la entidad MIRACLIA, con sede social y establecimiento único en España, en relación con la aplicación móvil para Android denominada “\*\*\*APLICACIÓN.1”, que permite a los usuarios la realización de bromas telefónicas a terceros. El usuario selecciona una broma y una “víctima”, que es contactada telefónicamente por MIRACLIA desde su propio sistema a través de un número oculto (llamada de broma), realizándose una grabación de la conversación que se pone a disposición del usuario de la aplicación.

En la reclamación se pone de manifiesto una posible vulneración de la normativa de protección de datos personales, considerando que no se informa al interesado sobre la grabación de la llamada de broma y no existe posibilidad para que éste pueda ejercitar el derecho de supresión. Se advierte, asimismo, que la propia aplicación describe los elementos en conflicto.

Los tratamientos de datos que se llevan a cabo afectan a interesados en varios Estados miembros. Según las informaciones incorporadas al Sistema IMI, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 del RGPD, se han declarado interesadas en el presente procedimiento las autoridades de control de Bélgica, Grecia, Chipre, Dinamarca, Sajonia, Noruega, Suecia, Francia, Hungría, Polonia, Berlín, Baja Sajonia, Eslovaquia, Irlanda y Mecklemburgo-Pomerania Occidental.

A la vista de los hechos expuestos, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del RGPD:

. Con fecha 02/12/19 se verifica que por medio del enlace **\*\*\*ENLACE.1**, se puede cambiar el país en el que opera la aplicación. Entre estos países se encuentran tanto pertenecientes a la Unión Europea (Austria, Bélgica, Alemania, etc.) como fuera de ella (China, Estados Unidos, Argentina, Brasil, Corea del Sur, etc.). También se comprueba que los términos y condiciones de uso del servicio están redactados en español, italiano, francés inglés y alemán.

. Con fecha 03/12/2019 se realiza una nueva instalación de la aplicación, verificándose que en el proceso no da opción a configurar otro país ni otro idioma, si bien los términos y condiciones de uso del servicio están redactados en español, italiano, francés inglés y alemán igual que los que se pueden acceder por Internet.

Por la inspección actuante se incorporan a las actuaciones los documentos denominados “Términos y condiciones de uso del servicio” y “Política de Privacidad”. En este último se indica lo siguiente:

#### **“1. INTRODUCCIÓN**

*Esta política de privacidad se aplica a la información que podemos obtener de o acerca de usted cuando usa la aplicación móvil \*\*\*APLICACIÓN.1 (la “APP Móvil” o el “Servicio”).*

*“Miraclia no recoge datos de los destinatarios de las bromas. La actividad de Miraclia es la de facilitar un medio de telecomunicaciones para que el titular del teléfono que se descarga*

*la app, elija una broma y la grabe, quedando los datos relativos al destinatario de la llamada almacenados en el terminal del propio usuario sin que Miraclia conserve información del número de teléfono del destinatario. Miraclia presta un servicio de almacenamiento en la nube de los ficheros de audio del cliente y en ningún momento difunde ni comparte con nadie esa información, dado que es información privada del usuario de la aplicación”.*

Asimismo, los citados Servicios de Inspección realizaron una prueba consistente en descargar la aplicación en un terminal móvil. Se comprueba que durante el proceso de instalación el usuario recibe el mismo texto reproducido anteriormente sobre la no recogida de datos de los destinatarios de las bromas y, entre otros, el mensaje siguiente:

*“Lee en detalle estos Términos y Condiciones legales y pulsa aceptar si eres mayor de 18 años y aceptas la totalidad de lo estipulado. En caso contrario, abandona la aplicación y elimínala del terminal. Recuerda, en caso de grabar una broma y difundirla con tus amigos, es porque has solicitado permiso a la persona que ha recibido la broma u ésta te lo ha dado. Tu eres el responsable único de esta acción”.*

Inmediatamente después de este texto se incluye un botón con la indicación “Continuar”.

Por otra parte, los Servicios de Inspección hicieron constar en su informe el resultado de las actuaciones de investigación que dieron lugar al procedimiento de referencia y a las señaladas con el número E/02003/2018, en las que se realizó una prueba de funcionamiento del sistema empleado por la reclamada.

**OCTAVO:** Considerando el carácter transfronterizo de esta reclamación, con fecha 03/03/2020, se dictó proyecto de acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, que fue posteriormente transmitido (13/03/2020) a través del Sistema IMI a las autoridades de control interesadas (constan reseñadas en dicho proyecto de acuerdo de inicio, que fue debidamente notificado a esa entidad con fecha 12/03/2020), sin que ninguna de ellas haya formulado objeciones a dicho proyecto en el plazo de cuatro semanas desde la consulta, entendiéndose, por tanto, que existe acuerdo sobre el mismo.

La reclamación trasladada por la autoridad de protección de datos eslovena es similar en su alcance y objeto a las que dieron lugar al presente procedimiento sancionador, todas ellas relacionadas con la aplicación móvil para Android denominada “\*\*\*APLICACIÓN.1”. Por esta razón, el proyecto de acuerdo de inicio transmitido a las autoridades interesadas a través de IMI, formalizado a los solos efectos de cumplir el trámite previsto en el RGPD y LOPDGDD (artículos 60 y 64, respectivamente), recogía las mismas presuntas infracciones y el mismo importe de sanción que se fijaron en el acuerdo de apertura de este procedimiento.

Siendo así, y teniendo en cuenta que el presente procedimiento sancionador tiene como objeto el análisis del funcionamiento de la aplicación de bromas “\*\*\*APLICACIÓN.1”, desde el punto de vista de la protección de datos personales, globalmente considerado, y no la actuación específica de MIRACLIA en relación con unos reclamantes concretos, se entiende que no cabe la apertura formal de un nuevo procedimiento sancionador a partir de la reclamación trasladada por la autoridad de protección de datos de Eslovenia que pudiera dar lugar a una doble sanción por las mismas infracciones, por lo que se acordó su incorporación al presente procedimiento sancionador, para resolver en un solo acto según

proceda en derecho. Asimismo, se dispuso que este procedimiento continúe su tramitación según el mecanismo de cooperación contemplado en el artículo 60 del RGPD.

NOVENO: Con fecha 14/07/2020, por la Subdirección General de Inspección de Datos se accede a la información disponible sobre la entidad MIRACLIA en “Axesor”. En dicha web consta una cifra de negocios en el ejercicio 2018, último ejercicio presentado, de 475.823 euros y un resultado del ejercicio de -7.364 euros. Asimismo, se indica que es una microempresa, con 2 empleados.

Según la información que consta en el Registro Mercantil Central, el “Capital suscrito” asciende a 6.000 euros

DÉCIMO: Con fecha 24/07/2020, se emitió propuesta de resolución en el sentido siguiente:

1. Que por la Directora de la AEPD se sancione a la entidad MIRACLIA, por una infracción de los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.h) de la LOPDGDD, con una multa por importe de 20.000 euros (veinte mil euros).
2. Que por la Directora de la AEPD se sancione a la entidad MIRACLIA, por una infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD, con una multa por importe de 20.000 euros (veinte mil euros).
3. Que por la Directora de la AEPD se requiera a la entidad MIRACLIA para que, en el plazo que se determine, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales, con el alcance expresado en el Fundamento de Derecho XI de la propuesta de resolución. Tal adecuación deberá implantarse igualmente en todos los países del Espacio Económico Europeo en los que MIRACLIA opere a través de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1”.

Notificada a la entidad MIRACLIA la citada propuesta de resolución, con fecha 03/08/2020, se recibió en esta Agencia escrito de alegaciones en el que solicita el archivo de las actuaciones en base a las consideraciones siguientes:

A. Lo que MIRACLIA denomina “Hechos técnicos”:

MIRACLIA es una compañía de telecomunicaciones que opera un servicio llamado “\*\*\*APLICACIÓN.1”, el cual está sujeto a la regulación de “*servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración*”.

A este respecto, advierte que el servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1” se encuentra en un escenario técnico y de tratamiento de datos distinto al que presentaba en anteriores actuaciones de la Agencia y de la Justicia Ordinaria. De hecho, el escenario del servicio vigente en las fechas de las denuncias se supedita a la versión del servicio que ha sido auditada por un ingeniero en telecomunicaciones colegiado (aporta copia del informe correspondiente) de la cual se extraen las siguientes conclusiones o “Dictamen final”:

*“1. El servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración “\*\*\*APLICACIÓN.1” reúne los atributos y características definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (CECE), que permiten clasificarlo como un servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración, como se define en el artículo 2 (apartados 5 y 6) de la misma.*

*2. El marco reglamentario aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas hace una clara distinción entre la producción de contenidos, que implica responsabilidad editorial, y la transmisión de contenidos, lo que no implica ninguna responsabilidad editorial (artículo 2 apartado 4 del CECE y sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2019 Y de 13 de junio de 2019) del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).*

*3. El usuario del servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración “\*\*\*APLICACIÓN.1” (persona que inicia la transmisión) determina de forma unilateral el destinatario de la misma, sobre el que no existe condicionante alguno que exija que sea un usuario del servicio de “\*\*\*APLICACIÓN.1” sino que es un destinatario libremente elegido por el primero en base a los recursos de numeración pública y sobre cuyos datos, de acceso público y conocidos por el usuario, no realiza tratamiento alguno “\*\*\*APLICACIÓN.1”.*

*4. A partir del momento del inicio del servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración, “\*\*\*APLICACIÓN.1” se limita a facilitar los medios físicos, propios o de terceros, para la transmisión de la señal entre quién inicia la transmisión y el destinatario de la misma elegido por éste, cumpliendo los requisitos de calidad, privacidad, seguridad y transparencia recogidos en la citada directiva.*

*5. “\*\*\*APLICACIÓN.1” no realiza la grabación de la conversación. Las grabaciones son realizadas por el usuario que ha contratado el servicio de “\*\*\*APLICACIÓN.1” (persona que inicia la transmisión) en un dominio privado asignado en exclusividad a dicho usuario (en la nube mediante la asignación de una URL privada) quién, como parte de su derecho por su participación en la edición de las mismas y al aceptar las condiciones de uso de “\*\*\*APLICACIÓN.1”, decide unilateralmente grabarlas para su uso personal.*

*6. “\*\*\*APLICACIÓN.1” tampoco retiene datos del destinatario final excepto aquellos que, con carácter de mínimos, le permite cumplir con lo dispuesto en la normativa sobre retención de datos y prestar el servicio al usuario del mismo. Esto es, la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, traspuesta en España por la Ley 25/2007.*

*7. “\*\*\*APLICACIÓN.1” ofrece la posibilidad de que las personas o entidades, que por hacer uso de redes acogidas a recursos públicos de numeración puedan ser elegidos como destinatarios de transmisiones por usuarios de “\*\*\*APLICACIÓN.1”, puedan solicitar su inclusión en una “lista negra” para inhibir la recepción de comunicaciones electrónicas a través del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1”.*

*8. De conformidad con lo establecido en el Considerando 173 y el Artículo 95 del RGPD, que establece que dicho Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a*



*las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE” (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). En este sentido, conviene tener presente lo establecido en el Considerando 34 de la Directiva 2002/58/CE: “Es necesario, por lo que respecta a la identificación de la línea de origen, proteger el derecho del interlocutor que efectúa la llamada a reservarse la identificación de la línea desde la que realiza dicha llamada y el derecho del interlocutor llamado a rechazar llamadas procedentes de líneas no identificadas.” Por lo tanto, se debe respetar el derecho del usuario que inicia la transmisión (bromista) de no presentar su número telefónico para comunicarlo al destinatario, ya que, primero, usuario y destinatario hacen uso de recursos públicos de numeración y la transmisión se realiza mediante redes públicas de comunicaciones electrónicas y, segundo, es necesario, por lo que respecta a la identificación de la línea de origen, proteger el derecho del interlocutor que efectúa la llamada a reservarse la identificación de la línea desde la que realiza dicha llamada y el derecho del interlocutor llamado a rechazar llamadas procedentes de líneas no identificadas (Considerando 34 de la Directiva 2002/58/CE)”.*

**B. Lo que MIRALCIA denomina “Marco regulatorio”:**

1) Al servicio de comunicaciones interpersonales basadas en numeración (“\*\*\*APLICACIÓN.1”), se le deben aplicar las consideraciones descritas en el artículo 95 del RGPD (“El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento. en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE”).

2) MIRALCIA no hace en ningún momento tratamiento de los datos por los motivos siguientes:

a. Estos casos se encuentran fuera del ámbito de regulación del RGPD en base al Considerando 18 y artículo 2.2.c) del RGPD, por referirse a tratamientos de datos efectuados por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

b. El único responsable del tratamiento es el usuario de “\*\*\*APLICACIÓN.1” y no MIRALCIA. El usuario realiza directamente el tratamiento por cuanto es la persona que, de forma libre, hace la edición necesaria para el acto de la broma (edita la broma a gastar; introduce el número de teléfono del abromado y presiona el botón de llamar; decide si generar el fichero con la grabación de la broma y, por tanto, la URL de la misma, que es personal y sólo conocida por el usuario). Además, siempre es el propio usuario el que hace difusión de la broma en su entorno particular.

MIRALCIA solo interviene para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración, que ha contratado el usuario del servicio.

En base a ello, propone que la Agencia acuda ante los bromistas con la misma acción sancionadora que contra MIRALCIA.

c. Durante todo el proceso de la broma, el usuario de la aplicación y responsable del



tratamiento no obtiene ningún beneficio económico, por lo que es de aplicación el Considerando 18 del RGPD y el artículo 2.2.c) citados.

3) Cita “ejemplos” de otras compañías que prestan servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales basados en numeración y sobre los cuales, según indica MIRACLIA, la Agencia Española de Protección de datos no ha celebrado ningún tipo de investigación o inspección por motivos similares, en los que el prestador del servicio de comunicaciones nunca es el responsable (usuario de una operadora de telefonía que llama a un conocido y en la comunicación se producen insultos; o que llama a un centro público o privado para avisar sobre la existencia de una bomba; un ataque informático en el que el virus usa las redes de comunicación y almacenaje de información digital para infectar a otras personas; utilización de una aplicación para celebrar una reunión por videoconferencia entre abonados con numeración pública, la cual permite al administrador realizar una grabación de la misma; el servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales de “Burovoz” (**\*\*\*URL.1**), que permite a sus usuarios grabar las conversaciones telefónicas entre un usuario del servicio y otra persona, la cual no es usuaria del servicio “Burovoz”, pero dispone de un número de teléfono del sistema de numeración pública. El funcionamiento de este servicio es exactamente igual a **\*\*\*APLICACIÓN.1** y no solamente es 100% legal sino que sus grabaciones han sido y son totalmente válidas a la hora de presentarlas como prueba en un proceso judicial en España.

4) Sobre el tema de las grabaciones de las llamadas telefónicas realizadas por los usuarios de **\*\*\*APLICACIÓN.1**, la Sentencia n.º 114/1984, de 29 de noviembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional establece que *«Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.»*

5) El artículo 20 de la Constitución Española recoge y protege los derechos a: “A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.”, enmarcados todos ellos dentro del derecho a la libertad de expresión que ostentan todos los ciudadanos españoles en general y el usuario de **\*\*\*APLICACIÓN.1**.

6) En sus consideraciones finales añade que el cumplimiento de la obligación de retención de datos que impone la Ley 25/2007 ha permitido a la entidad atender de manera eficaz y dentro de los tiempos marcados por el RGPD a los derechos de acceso, rectificación y cancelación que han solicitado múltiples destinatarios de las bromas, así como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para investigaciones de posibles delitos.

C. En relación con las denuncias reseñadas en los Antecedentes de esta resolución, señala lo siguiente:

1. La denuncia formulada por el reclamante 1 no debió admitirse a trámite por los siguientes motivos:

- a) El reclamante se refiere a una usurpación de identidad por parte de un policía.
- b) El reclamante no contactó con MIRACLIA para solicitar el ejercicio de los derechos ARCO POL.
- c) Es muy probable que el reclamante sufriera una broma de algún otro servicio de la competencia, por lo que solicita a la Agencia que requiera a los operadores de

telecomunicaciones el extracto de llamadas recibidas en el número del abromado.

d) En fecha 30/10/2018, el reclamante recibió un escrito por parte de MIRACLIA en el que se le notificaba que “\*\*\*APLICACIÓN.1” no tenía en su catálogo ninguna broma similar a la descrita por el mismo y se le solicitaba que facilitara la URL de esa grabación para su cancelación, si fuera del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1”. El reclamante no aportó ese dato, por lo que se entiende que se prestó de manera suficiente el ejercicio de derechos.

e) Observamos en el dossier del expediente que el denunciante aporta una grabación de Whatsapp. Sin embargo, “\*\*\*APLICACIÓN.1” nunca envía por Whatsapp el contenido de las bromas, dado que éstas solamente se pueden escuchar en la propia aplicación del usuario. Además, los ficheros de las grabaciones de las bromas que los usuarios se pueden descargar a su dispositivo tienen un nombre de fichero que en nada se parecen el que aporta como prueba. Con lo que se puede deducir que ha podido haber un acto de modificación y la prueba debería ser invalidada en ese momento.

f) Es pretensión de esta compañía estudiar la posibilidad de presentar una querrela criminal contra este señor por denuncia falsa y daños al honor de la compañía.

g) Por todo ello, y dado que MIRACLIA siempre ha accedido a solventar los derechos de los usuarios, solicita a la Agencia que archive este asunto ya que respondió la solicitud de acceso a sus datos y considerando que, con la información disponible, la broma no partió desde un usuario de “\*\*\*APLICACIÓN.1”.

2. Considera, igualmente, MIRACLIA que debió inadmitirse también la reclamación presentada por la reclamante 2 por las circunstancias siguientes:

a) La persona abromada conoce perfectamente a la persona o personas bromistas, por lo que debería haber interpuesto la demanda contra ellos y no contra MIRACLIA, que no hace tratamientos de datos del abromado.

b) Es falso que la persona abromada recibiera una llamada a las 3:30 de la madrugada, dado que ninguna de las bromas de “\*\*\*APLICACIÓN.1” se puede celebrar a esas horas locales. Además, “\*\*\*APLICACIÓN.1”, como servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración, nunca hace llamadas a ningún destinatario una vez se ha producido la broma, dado que eso es algo que sólo puede hacer el usuario de la aplicación.

c) La reclamante no se puso en contacto con MIRACLIA para solicitar el ejercicio de los derechos ARCO POL.

d) También es falso que una vez practicado el derecho de acceso “\*\*\*APLICACIÓN.1” continúa enviando correos. “\*\*\*APLICACIÓN.1” nunca ha cometido tales prácticas ni las comete.

D. En cuanto a los hechos probados, MIRACLIA realiza las siguientes consideraciones:

. Hecho Probado 1: MIRACLIA es propietaria de un servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración al que se accede mediante una aplicación denominada “\*\*\*APLICACIÓN.1”. Existe una web con el mismo nombre, “\*\*\*APLICACIÓN.1”, como servicio de información comercial y de atención al usuario que no forma parte del servicio de comunicaciones electrónicas prestado por MIRACLIA ni ha sido objeto de denuncia.

. Hecho Probado 2: En virtud de lo dispuesto en el artículo 95 del RGPD, no se exige a los servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales basados en recursos públicos de numeración que identifique al gestor de la llamada ni a la propietaria de la plataforma o que indique dónde obtener información sobre la llamada o sobre el ejercicio de derechos. Como

se ha dicho “\*\*\*APLICACIÓN.1” es una aplicación de acceso a un servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales, reservándose el usuario del mismo el derecho o no a identificarse y a grabar de forma personal dicha llamada.

. Hecho Probado 4: La referencia al alojamiento de las bromas en un sitio público es errónea. El acceso al audio se realiza a través de una URL basada en un token como se utiliza en miles de webs de acceso privado (ej., la web de seguimiento de paquetes de un servicio de mensajería o multitud de servicios públicos para el pago de multas). La URL a la que hace mención el inspector se genera de manera automática en el servidor, con lo que al no ser una URL fija o estática sólo puede ser accesible por el usuario del servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en recursos públicos cuyo nombre es “\*\*\*APLICACIÓN.1”. Sólo tienen acceso a dicha URL el emisor de la broma y el destinatario de la misma si el emisor de la broma quiere hacerlo (es su responsabilidad).

. Hecho Probado 5: en este hecho probado se indica que por medio del enlace **\*\*\*ENLACE.1**, se puede cambiar el país en el que opera aplicación. Sin embargo, se desconoce cómo la Agencia ha accedido a esa plataforma de preproducción que es un prototipo de pruebas que nunca ha funcionado en producción y, por lo tanto, nunca ha podido ser utilizado por un usuario final como sistema de comunicaciones electrónicas. El propósito de dicho prototipo era el de ofrecer el servicio de comunicaciones electrónicas en modo multiplataforma como hace por ejemplo Skype, el cual puede utilizarse con una app o en un ordenador con independencia de su Sistema Operativo.

. Hecho Probado 9: En ningún catálogo de bromas de MIRACLIA aparece ninguna broma suplantando a ningún organismo ni persona y mucho menos a la Policía. Existen multitud de otros servicios de bromas que además de copiar el catálogo de MIRACLIA, es probable que hayan introducido alguna que suplante a la Policía, pero MIRACLIA lo desconoce.

E. En respuesta a las consideraciones recogidas en el Fundamento de Derecho IV, referido a la definición de tratamientos de datos de carácter personal o doméstico, MIRACLIA realiza las afirmaciones siguientes:

. Es personal o doméstico la conversación que tiene lugar por la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración. Los datos de numeración son recursos públicos sobre los que un operador no realiza tratamiento. El usuario de dicho servicio y sobre el que se hace tratamiento es quién se da de alta en el mismo y elige el destinatario de la llamada en base a dichos recursos públicos. Es dicho usuario quién graba la llamada haciendo uso de herramientas complementarias al servicio básico de comunicaciones electrónicas. Las referencias citadas del TJUE no se refieren al caso de este tipo de servicios.

Además, es el usuario el que decide de forma libre y soberana a quien dirige la broma dentro de sus contactos conocidos o familiares o amigos.

. No es válida para “\*\*\*APLICACIÓN.1” la declaración del Tribunal de Justicia sobre el citado concepto, contenida en la Sentencia de 10/07/2018, según la cual *“no procederá considerar que una actividad es exclusivamente personal o doméstica cuando tenga por objeto permitir a un número indeterminado de personas el acceso a datos personales o cuando la actividad se extienda, aunque sea en parte, al espacio público y esté por tanto dirigida hacia el exterior de la esfera privada de la persona que procede al tratamiento de los datos”*. El objeto del servicio es establecer una comunicación electrónica iniciada por el bromista, quien decide grabarla y tener acceso a su grabación privada. El compartirla en su círculo privado es decisión del bromista, a quién en los TyC se le avisa que puede infringir normas regulatorias según el tratamiento que haga de esos datos (los suyos privados). El objeto del

servicio no es en ningún caso el compartir indiscriminadamente la grabación.

. En la propuesta se indica que *“La actuación de MIRACLIA es esencial dado que, sin su concurso no sería posible el tratamiento de datos dado que se realiza en el proceso. MIRACLIA facilita el medio para hacer la llamada, facilitar el medio para elegir una broma, y facilita el medio para grabar y almacenar una broma”*. A este respecto, afirma MIRACLIA que es lógico que sea de esta manera, por cuanto ha definido *“\*\*\*APLICACIÓN.1”* como un servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración con esa funcionalidad y ha de regirse en todo lo relativo a él según describen las normas de regulación vigente (Directiva (UE) 2018 / 1972 por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (CECE), como se define en el artículo 2, apartados 5 y 6, de la misma.

#### F. El principio constitucional por el propio hecho

*“Se ha denominado a este principio de «responsabilidad personal», lo que implica que sólo se puede Hacer responsable a una persona de sus propios hechos, es decir no a una cosa ni a un animal.”*

##### **\*\*\*URL.2**

Siguiendo este principio y ahondando en lo que nos ocupa nos sirve para demostrar que *\*\*\*APLICACIÓN.1”* como servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración no puede ostentar ninguna responsabilidad sobre el hecho acometido por el usuario de *“\*\*\*APLICACIÓN.1”*, de la misma forma que nunca se podrá pedir responsabilidades a un fabricante de pistolas por el acto cometido por una persona haciendo un mal uso de dicha pistola.

#### G. Otras consideraciones finales

. Que las URL que pueda recibir el abromado por parte de los bromistas, una vez hecha la grabación de la llamada, NO son URL públicas. Las URL que genera el software del servidor para el usuario de *“\*\*\*APLICACIÓN.1”* son privadas y no pueden ser indexadas por los Spiders de los buscadores, como Google, Bing o Yahoo.

. Que tenga en cuenta la Agencia el Expediente Nº: TD/00007/2017, en el cual se trata el caso de una persona abromada por la emisora Radio4G y la difusión en directo y a toda la audiencia de radio4G y que acaba en el archivo de las actuaciones.

. Todo lo expuesto en este escrito está refrendado tanto en la auditoría técnica que ahora se encuentra en fase de visado por parte del COIT (Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones) como en las condiciones de uso que el usuario acepta antes de poder usar la plataforma.

Finalmente, solicita un trámite de audiencia presencial para aclarar ante los instructores/inspectores de la Agencia los puntos expuestos y advierte que, en caso de no ver atendidos sus intereses, se reserva el derecho de acudir a otras instancias superiores y/o judiciales en España y en Europa.

Con su escrito de alegaciones aporta copia del informe correspondiente a la auditoría técnica referida, realizada por un ingeniero en telecomunicaciones en fecha 29/07/2020.

Este informe se estructura en cuatro apartados:

- . *Objetivos y metodología del trabajo.*
- . *Descripción del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1”*
- . *Resultados de la auditoría*
- . *Dictamen final.*

Según indica, se basa en entrevistas personales, pruebas prácticas de ejecución de “\*\*\*APLICACIÓN.1” en dos dispositivos móviles y las pruebas de las herramientas de edición, grabación y metadatación del contenido de los mensajes, aunque no facilita detalles sobre el desarrollo de estas pruebas, limitándose a enumerar una serie de constataciones.

En el apartado “Resultado de la Auditoría” se indica lo siguiente:

*“En lo que se refiere al análisis concreto del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1” se han podido constatar los siguientes hechos:*

- a) Sólo puede iniciar la conversación un usuario dado de alta en el servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1”.*
- b) El usuario del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1” es el único interviniente en el proceso que puede determinar libremente al destinatario de la conversación*
- c) Para determinar el destinatario de la conversación se hace uso de recursos de numeración pública.*
- d) No se requiere, ni se verifica o comprueba tal circunstancia por ningún medio, que el destinatario de la conversación sea un usuario del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1”.*
- e) Una vez establecida la conexión entre el usuario de “\*\*\*APLICACIÓN.1” y el destinatario de la conversación se permite el intercambio directo de información interpersonal a través de redes de comunicaciones electrónicas entre ambas personas.*
- f) “\*\*\*APLICACIÓN.1” ofrece al usuario que contrata dicho servicio un conjunto de plantillas preconfiguradas para la edición de un mensaje vocal.*
- g) El usuario que contrata el servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1” es quién libremente elige entre las mismas para determinar el contenido del mensaje a transmitir.*
- h) La grabación se realiza en un dominio personal y privado asignado en exclusividad al usuario del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1” (persona que inicia la transmisión), como servicio que presta “\*\*\*APLICACIÓN.1” al usuario en la nube en sus propias premisas.*
- i) El dominio de grabación ofrecido por “\*\*\*APLICACIÓN.1” al usuario de dicho servicio es un dominio privado y seguro.*
- j) La decisión final sobre si decide o no realizar la grabación del mensaje en su dominio privado recae en exclusividad en el usuario del servicio “\*\*\*APLICACIÓN.1”.*
- k) “\*\*\*APLICACIÓN.1” ofrece al usuario que contrata dicho servicio un conjunto de herramientas de metadatación interactivas para realizar sobre posibles acciones sobre el mensaje editado.*
- l) “\*\*\*APLICACIÓN.1” ofrece a cualquier persona o entidad que forme parte de un plan de uso de recursos de numeración pública la posibilidad de integrarse en “listas negras”, para no recibir más llamadas de usuarios de “\*\*\*APLICACIÓN.1”.*
- m) De hecho, determinados números del plan de numeración pública se incluyen por defecto en dicha “lista negra” (091, 061, 112, 092, etc.).*
- n) “\*\*\*APLICACIÓN.1” facilita los medios físicos, propios o de terceros, para la transmisión de la señal entre quién inicia la transmisión y el destinatario de la misma que ha elegido.*
- o) “\*\*\*APLICACIÓN.1” no retiene datos del destinatario final excepto aquellos que, con carácter de mínimos, le permite cumplir con lo dispuesto en la normativa sobre retención de*



datos”.

En el apartado anterior al indicado, el rotulado como “Descripción del servicio \*\*\*APLICACIÓN.1”, se reseña la información facilitada por MIRACLIA al ingeniero auditor, que coincide literalmente con los “hechos” que se detallan como resultado de la auditoría.

El citado informe incluye un Anexo II, relativo a las “Premisas de partida y normativa de referencia”. En esta Anexo se hace referencia a la definición de servicio de comunicación electrónica interpersonal introducido por el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (CECE), que son aquellos que periten el intercambio de información interpersonal e interactiva a través de redes de comunicaciones electrónicas entre un número finito de personas, en el que las personas que inician o participan en la comunicación determinan sus destinatarios, y añade lo siguiente:

*“En las condiciones de uso de la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 en el artículo 6 se indica que “como con cualquier servicio de telecomunicaciones, es ilegal el uso de los servicios de \*\*\*APLICACIÓN.1 con el propósito de acosar o dañar a nadie”. Existe por tanto una declaración contractual de que \*\*\*APLICACIÓN.1 es un servicio sujeto a la regulación de telecomunicaciones y, por ello, un reconocimiento implícito de que se trata de un servicio de comunicaciones electrónicas en tal caso”.*

A la vista de todo lo actuado, por parte de la Agencia Española de Protección de Datos en el presente procedimiento se consideran los siguientes,

### HECHOS PROBADOS

1. La entidad MIRACLIA es propietaria de la aplicación móvil y servicio web denominada “\*\*\***APLICACIÓN.1**”. Esta aplicación permite a los usuarios la realización de bromas telefónicas a terceros. El usuario selecciona una broma y una “víctima”, que es contactada telefónicamente por MIRACLIA desde su propio sistema a través de un número oculto (llamada de broma), realizándose una grabación de la conversación que se pone a disposición del usuario de la aplicación.

El uso de la aplicación móvil y servicios web citados se regula en el documento denominado “*Términos y Condiciones de Uso del Servicio*”, que se declara reproducido en este acto a efectos probatorios. Del contenido de este documento cabe destacar lo siguiente:

*<<Al utilizar el Servicio, usted quedará vinculado por los Términos de Uso y la Política de Privacidad, aceptando expresamente su cumplimiento y entrando en vigor un contrato legal vinculante con nosotros... si usted no está de acuerdo con estos Términos de Uso y/o Política de Privacidad le recomendamos que desinstale la aplicación de su terminal.*

### 3. Definición del servicio

**\*\*\*APLICACIÓN.1** es una aplicación que permite al usuario enviar bromas consistentes en un archivo de audio pregrabado vía telefónica al destino seleccionado por el usuario. El usuario podrá seleccionar entre un listado de bromas e indicar tanto la línea de destino como el horario en el que desea que el destinatario reciba la broma. Una vez realizada la



*broma, la aplicación tiene la funcionalidad de compartir y grabar el archivo de audio (en adelante la "Grabación"), no obstante lo cual, será requisito indispensable que el usuario cuente con el consentimiento expreso de la persona que ha recibido la broma para poder obtenerla y posteriormente hacer uso de la misma.*

*(...)*

*NOTA: Dado que los datos personales del destinatario de la llamada quedan almacenados única y exclusivamente en el terminal del usuario de la aplicación (cliente), en caso de que éste elimine la aplicación en su terminal o borre los datos asociados a ella en su terminal, ésta podrá dejar de funcionar en el sentido de que esa información borrada desaparece del mismo.*

*(...)*

#### *5. Servicios de pago*

*El uso de la aplicación puede suponer un coste...*

*Los importes comprados caducarán tras 6 meses sin usar la aplicación. En ese momento, los contenidos del usuario podrán ser eliminados.*

#### *6. Uso de los servicios ofrecidos*

*A través de los presentes Términos y Condiciones de Uso del Servicio, el Usuario contrata con MIRACLIA un servicio de ocio y entretenimiento que permite al Usuario enviar bromas telefónicas a un destinatario y, posteriormente, reproducir, descargar o compartir la broma. Con la aceptación de los presentes Términos y Condiciones de Uso del Servicio, el Usuario de \*\*\*APLICACIÓN.1 asume las siguientes responsabilidades:*

*(...)*

#### *b) Compartir y grabar bromas*

*El Usuario, como propietario de la grabación, es plenamente responsable de obtener el consentimiento expreso e inequívoco de la persona que ha recibido la broma, para la grabación y difusión de la misma.*

*Las leyes permiten la grabación de cualquier conversación telefónica siempre que se cuente con el consentimiento de, al menos, una de las dos partes intervinientes en la misma. Un usuario no podrá descargar una Grabación sin obtener el consentimiento previo del destinatario de la misma. El funcionamiento del Servicio evita que se pueda generar una Grabación si el usuario de \*\*\*APLICACIÓN.1 no acepta expresamente tal condición previa.*

*Con el fin de compartir bromas públicamente, el Servicio requiere que la persona que comparte la broma haya obtenido el permiso para ello de todos los participantes en la llamada. MIRACLIA no se responsabiliza de las consecuencias del incumplimiento de la obtención de los consentimientos necesarios para compartir la Grabación, recayendo sobre él la obligación de indemnizar a terceros o a MIRACLIA de cualquier reclamación derivada de sus acciones.*

*(...)*

#### *8. Limitación de responsabilidades*

*Responsabilidades de MIRACLIA:*

*MIRACLIA actúa únicamente como intermediario entre el emisor y el receptor de la broma.*

*MIRACLIA no decide en ningún momento sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de la grabación y, por lo tanto, no puede considerársele responsable del mismo.*

*(...)*

*Si el receptor de la broma (como titular del dato y ejerciendo su derecho de oposición o cancelación) o el emisor de la broma (como propietario de la grabación) solicitan a MIRACLIA la cancelación de la grabación, automáticamente la grabación se elimina de los servidores que prestan servicio a MIRACLIA.*

*No obstante, previamente al ejercicio del derecho de oposición o cancelación por parte del receptor, la broma ha podido ser descargada en el dispositivo del Usuario, quedando ya*

*dicha grabación fuera del alcance del MIRACLIA y, por lo tanto, la entidad no se responsabiliza del uso, divulgación, modificación que de la misma haga el Usuario.*

*(...)*

#### 9. Protección de datos

*Hemos establecido una Política de Privacidad para explicar cómo recopilamos y utilizamos la información sobre usted (el usuario)...>>.*

2. Los Servicios de Inspección de la Agencia, con fechas 6, 9 y 12 de septiembre de 2019, realizaron unas pruebas consistentes en descargar la aplicación en un terminal móvil y proceder a su uso disponiendo la realización de llamadas de broma. Como resultado de estas actuaciones se obtuvieron las constataciones siguientes:

. Durante el proceso de instalación el usuario recibe, entre otros, los mensajes siguientes:

*“Lee en detalle estos Términos y Condiciones legales y pulsa aceptar si eres mayor de 18 años y aceptas la totalidad de lo estipulado. En caso contrario, abandona la aplicación y elimínala del terminal. Recuerda, en caso de grabar una broma y difundirla con tus amigos, es porque has solicitado permiso a la persona que ha recibido la broma y ésta te lo ha dado. Tu eres el responsable único de esta acción”.*

*“Miraclia no recoge datos de los destinatarios de las bromas. La actividad de Miraclia es la de facilitar un medio de telecomunicaciones para que el titular del teléfono que se descarga la app, elija una broma y la grabe, quedando los datos relativos al destinatario de la llamada almacenados en el terminal del propio usuario sin que Miraclia conserve información del número de teléfono del destinatario. Miraclia presta un servicio de almacenamiento en la nube de los ficheros de audio del cliente y en ningún momento difunde ni comparte con nadie esa información, dado que es información privada del usuario de la aplicación” (este párrafo se incluye también en la política de privacidad).*

Inmediatamente después de estos textos se incluye un botón con la indicación “Continuar”.

. La aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” consta de 3 pestañas: “Listado” (bromas disponibles), “Ejemplos” y “Mis bromas”. En esta última pestaña se guardarán las bromas realizadas por el bromista, si no son eliminadas.

. El número de teléfono de la llamada entrante de broma aparece como “Número privado” en todos los casos.

. En la versión instalada para las pruebas, la última disponible en la tienda de aplicaciones para sistemas operativos Android “Play Store”, el bromista, no tiene opción de elegir si la broma queda grabada o no. La broma queda grabada siempre, a no ser que el receptor decida borrarla siguiendo alguno de los procedimientos establecidos para ello. Si esto no ocurre, la grabación permanece en los sistemas de MIRACLIA hasta que el bromista decide eliminarla o, como norma general, por un periodo de tiempo de 6 meses posterior al uso de la aplicación, establecido por la propia entidad.

. En ningún momento a lo largo de la conversación telefónica se identifica a la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 como gestor de la llamada ni a la compañía desarrolladora MIRACLIA como propietaria de la plataforma. Por lo tanto, el receptor de la broma desconoce dónde debe dirigirse para obtener más información sobre la llamada o ejercitar sus derechos.

. En ningún momento se cita a la persona bromista.

. Tampoco se informa en ningún momento, durante el desarrollo de la broma, que la conversación esté siendo o pueda ser grabada.

. Se comprueba que al final de la broma se escucha la siguiente locución: *"Un amigo suyo le ha gastado una broma. En caso de que no quiera que su amigo pueda escuchar, descargar o difundir la broma, o en caso de que no quiera recibir más bromas, pulse 5 con su teclado después de la señal. Beeep"*

Desde la finalización de la broma hasta que se produce la locución transcurre un espacio de tiempo en silencio de 10 segundos.

. El "borrado" de la grabación de la broma y la inhabilitación para seguir recibiendo bromas pulsando la tecla 5 una vez oída la señal indicada en la locución final, ha resultado inestable en las pruebas realizadas. En una ocasión en la que se pulsó la tecla 5 antes de la señal y otra después, el mecanismo falló; en otras dos ocasiones en las se pulsó una sola vez después de la señal, se eliminó satisfactoriamente. Se comprobó que no existe confirmación de borrado de la broma, simplemente, cuando transcurren 10 segundos aproximadamente desde la señal indicada para pulsar la tecla 5, se corta la comunicación.

En los casos en que la eliminación funcionó correctamente, la broma desaparece del listado de bromas realizadas del bromista, no pudiendo por tanto ser compartida, descargada ni escuchada. También se ha constatado que el número de teléfono quedó bloqueado para la recepción de más bromas.

. En el listado de bromas realizadas por el bromista, junto a cada una de las bromas no eliminadas por el receptor de la broma siguiendo el procedimiento indicado, aparecen tres iconos: uno para descargar el archivo de audio de la grabación de la conversación telefónica de la broma, otro para escucharla y un tercero para compartirla. En este último caso, se envía el enlace al archivo de audio de la grabación a través del medio que se haya elegido para compartirla. Este es el único momento en el que el bromista conoce el enlace al archivo de audio.

. En el caso de que el bromista deje presionado el dedo en una determinada broma de la lista de las bromas realizadas, aparece una ventana emergente ofreciendo la posibilidad de eliminar el archivo de audio de los sistemas de MIRACLIA, pero esta acción no es tan intuitiva como las tres anteriores al carecer de icono específico.

. En las bromas guardadas, figura el número de teléfono de destino, tipo de broma, fecha y hora de realización.

. Desinstalada la aplicación y reinstalada de nuevo, se observa que los números de teléfono de destino de las bromas realizadas aparecen como "?????????", lo que hace pensar que este dato está almacenado localmente, y no en los servidores de MIRACLIA.

. Las llamadas de broma pueden ser instantáneas o programadas especificando fecha y hora de ejecución. En este caso, el teléfono del destinatario se almacena en los sistemas de la entidad MIRACLIA hasta el momento de realizar la llamada. A este respecto, MIRACLIA

ha declarado en sus alegaciones que el número de teléfono destinatario de la broma queda encolado con la llamada a realizar, el cual desaparece de sus sistemas cuando la llamada se realiza.

El inspector actuante programó una broma en su terminal para su ejecución diferida y a continuación se apagó dicho terminal. La llamada se realizó en el momento programado, de lo que resulta que el teléfono quedó almacenado en los sistemas de MIRACLIA hasta el momento de ejecutar la broma (minutos, horas, días o meses)

. Para la supresión de la grabación sólo existen dos opciones: que el bromista siga el procedimiento de borrado descrito desde la aplicación; o bien solicitarlo a MIRACLIA, cuestión difícil para el afectado considerando que no se pone de manifiesto en ningún momento quién gestiona la llamada, ni la empresa responsable de la misma. Además, para ello el afectado necesitará conocer el enlace al archivo de audio y tampoco dispone de esta información, a no ser que se la facilite el usuario (se puede eliminar la broma conociendo la url de la grabación y utilizando el mecanismo habilitado en la web junto a la solicitud de bloqueo del número de línea de telefonía).

3. MIRACLIA ofrece en su web **“\*\*\*APLICACIÓN.1.es”** un sistema gratuito e inmediato para incluir un número de teléfono en la lista de teléfonos bloqueados.

Por la inspección actuante se realizó una prueba dando de alta en dicho sistema el número de teléfono correspondiente a la segunda SIM del terminal del inspector actuante. Posteriormente, se intentó realizar una broma a ese número de teléfono y la aplicación no permitió su ejecución.

4. MIRACLIA no dispone de una plataforma en la que se publiquen las bromas realizadas para que pueda acceder cualquier tercero, pero las grabaciones de las bromas se encuentran alojadas en un sitio público, lo que posibilita el acceso a las mismas mediante el enlace al archivo de audio, que puede ser difundido indiscriminadamente por el usuario bromista.

5. Con fecha 02/12/19 se verifica que por medio del enlace **\*\*\*ENLACE.1**, se puede cambiar el país en el que opera la aplicación. Entre estos países se encuentran tanto pertenecientes a la Unión Europea (Austria, Bélgica, Alemania, etc.) como fuera de ella (China, Estados Unidos, Argentina, Brasil, Corea del Sur, etc.). También se comprueba que los términos y condiciones de uso del servicio están redactados en español, italiano, francés inglés y alemán.

6. Con fecha 03/12/2019 se realiza una instalación de la aplicación, verificándose que el proceso no da opción a configurar otro país ni otro idioma, si bien los términos y condiciones de uso del servicio están redactados en español, italiano, francés inglés y alemán, los mismos idiomas que están disponibles al acceder por Internet a la web.

7. El reclamante 1 ha manifestado que, con fecha **\*\*\*FECHA.1**, recibió en su línea de telefonía móvil **\*\*\*TELÉFONO.1** una llamada de broma a través de la aplicación **“\*\*\*APLICACIÓN.1”**, en la que una persona fingía ser un agente de policía. Denuncia que la llamada fue grabada y difundida a terceros sin su conocimiento ni consentimiento; y que la llamada se produce desde un número oculto.

8. La reclamante 2 ha manifestado que, con fecha **\*\*\*FECHA.2** fue objeto de una llamada telefónica de broma llevada a cabo utilizando la aplicación **\*\*\*APLICACIÓN.1**”, la cual fue grabada y difundida por redes sociales con la mención de su nombre sin su permiso (aporta el enlace al audio objeto de la denuncia **\*\*\*ENLACE.1**)

Con fecha 26/08/2019, por los Servicios de Inspección se accede a la web **\*\*\*APLICACIÓN.1.es**”, a la URL correspondiente a la grabación de la broma realizada a la reclamante 2. Se comprueba que utilizando el botón derecho se muestran distintas opciones, entre ellas la de reproducir y descargar la grabación.

9. Los Servicios de Inspección de la Agencia han comprobado que las bromas denunciadas por los reclamantes 1 y 2 figuran en el catálogo de bromas de disponible en **\*\*\*APLICACIÓN.1**”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada Autoridad de Control, y según lo establecido en los artículos 47, 48, 64.2 y 68.1 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

El artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.”*

### II

El artículo 56.1 del RGPD, relativo a la *“Competencia de la autoridad de control principal”*, establece lo siguiente:

*“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55, la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento será competente para actuar como autoridad de control principal para el tratamiento transfronterizo realizado por parte de dicho responsable o encargado con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 60”.*

Dicho artículo 60 regula la *“Cooperación entre la autoridad de control principal y las demás autoridades de control interesadas”*:

*“1. La autoridad de control principal cooperará con las demás autoridades de control interesadas de acuerdo con el presente artículo, esforzándose por llegar a un consenso. La autoridad de control principal y las autoridades de control interesadas se intercambiarán toda información pertinente.*

*2. La autoridad de control principal podrá solicitar en cualquier momento a otras autoridades de control interesadas que presten asistencia mutua con arreglo al artículo 61, y podrá llevar a cabo operaciones conjuntas con arreglo al artículo 62, en particular para realizar investigaciones o supervisar la aplicación de una medida relativa a un responsable o un encargado del tratamiento establecido en otro Estado miembro.*



3. La autoridad de control principal comunicará sin dilación a las demás autoridades de control interesadas la información pertinente a este respecto. Transmitirá sin dilación un proyecto de decisión a las demás autoridades de control interesadas para obtener su dictamen al respecto y tendrá debidamente en cuenta sus puntos de vista.

4. En caso de que cualquiera de las autoridades de control interesadas formule una objeción pertinente y motivada acerca del proyecto de decisión en un plazo de cuatro semanas a partir de la consulta con arreglo al apartado 3 del presente artículo, la autoridad de control principal someterá el asunto, en caso de que no siga lo indicado en la objeción pertinente y motivada o estime que dicha objeción no es pertinente o no está motivada, al mecanismo de coherencia contemplado en el artículo 63.

5. En caso de que la autoridad de control principal prevea seguir lo indicado en la objeción pertinente y motivada recibida, presentará a dictamen de las demás autoridades de control interesadas un proyecto de decisión revisado. Dicho proyecto de decisión revisado se someterá al procedimiento indicado en el apartado 4 en un plazo de dos semanas.

6. En caso de que ninguna otra autoridad de control interesada haya presentado objeciones al proyecto de decisión transmitido por la autoridad de control principal en el plazo indicado en los apartados 4 y 5, se considerará que la autoridad de control principal y las autoridades de control interesadas están de acuerdo con dicho proyecto de decisión y estarán vinculadas por este.

7. La autoridad de control principal adoptará y notificará la decisión al establecimiento principal o al establecimiento único del responsable o el encargado del tratamiento, según proceda, e informará de la decisión a las autoridades de control interesadas y al Comité, incluyendo un resumen de los hechos pertinentes y la motivación. La autoridad de control ante la que se haya presentado una reclamación informará de la decisión al reclamante.

(...)

12. La autoridad de control principal y las demás autoridades de control interesadas se facilitarán recíprocamente la información requerida en el marco del presente artículo por medios electrónicos, utilizando un formulario normalizado”.

Sobre las cuestiones reguladas en estos preceptos, se tiene en cuenta lo señalado en los Considerandos 124, 125, 126 y 130 del RGPD.

De conformidad con lo establecido en las normas anteriores, en el presente supuesto, referido, entre otras, a una reclamación presentada ante la autoridad de control de un Estado miembro (Eslovenia), en relación con tratamientos en el contexto de las actividades de un único establecimiento de un responsable que afectan o es probable que afecten sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro (tratamientos de datos transfronterizos), la autoridad de control principal, en este caso la Agencia Española de Protección de Datos, está obligada a cooperar con las demás autoridades interesadas.

La Agencia Española de Protección de Datos, en aplicación de los poderes que le confiere el RGPD, es la competente para adoptar las decisiones concebidas para producir efectos jurídicos, ya sea la imposición de medidas que garanticen el cumplimiento de las normas o la imposición de multas administrativas. No obstante, viene obligada a implicar estrechamente y coordinar a las autoridades de control interesadas en el proceso de toma de decisiones y tener en cuenta su opinión en la mayor medida. Se establece, asimismo, que la decisión vinculante que deba adoptarse se acuerde conjuntamente.

El artículo 60 del RGPD regula esta cooperación entre la autoridad de control principal y las demás autoridades de control interesadas. El apartado 3 de este artículo establece expresamente que la autoridad de control principal transmitirá a las demás autoridades de control interesadas, sin dilación, un proyecto de decisión para obtener su dictamen al respecto y tendrá debidamente en cuenta sus puntos de vista, siguiendo para ello el procedimiento previsto en los apartados 4 y siguientes. Las autoridades de control



interesadas disponen de un plazo de cuatro semanas para formular objeciones motivadas acerca del proyecto de decisión, entendiéndose que existe acuerdo sobre dicho proyecto si ninguna autoridad presenta objeciones en el plazo indicado, en cuyo caso todas ellas quedan vinculadas por el repetido proyecto.

El citado artículo 60, apartado 12, dispone que la autoridad de control principal y las demás autoridades de control interesadas se facilitarán recíprocamente la información requerida en el marco del este artículo por medios electrónicos. Corresponde hacerlo a través del “Sistema de Información del Mercado Interior” (Sistema IMI).

Por otra parte, el artículo 58.4 del RGPD establece que el ejercicio de los poderes conferidos a la autoridad de control debe respetar las garantías procesales establecidas en el Derecho de la Unión y de los Estados miembros.

Las normas procesales españolas, en concreto, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), establece que los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, el cual debe contener, entre otras indicaciones, la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder

De conformidad con las normas expresadas anteriormente, considerando el carácter transfronterizo de esta reclamación, con fecha 03/03/2020, se dictó proyecto de acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, que fue posteriormente transmitido a través del Sistema IMI a las autoridades de control interesadas, que constan reseñadas en los antecedentes, sin que ninguna de ellas formulase objeciones a dicho proyecto en el plazo de cuatro semanas desde la consulta, entendiéndose, por tanto, que existió acuerdo sobre el mismo.

Por otra parte, en el apartado 4 del citado artículo 64 de la LOPDGDD establece que los plazos de tramitación establecidos en este artículo quedarán automáticamente suspendidos cuando deba recabarse información, consulta, solicitud de asistencia o pronunciamiento preceptivo de un órgano u organismo de la Unión Europea o de una o varias autoridades de control de los Estados miembros conforme con lo establecido en el RGPD, por el tiempo que medie entre la solicitud y la notificación del pronunciamiento a la Agencia Española de Protección de Datos.

### III

El presente procedimiento se inicia por virtud de las reclamaciones recibidas en esta Agencia contra la entidad MIRACLIA, en la que los afectados (abromados) denuncian la utilización de sus datos personales para hacerle una broma sirviéndose para ello de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1”, mediante llamada telefónica a sus líneas de telefonía móvil. Se denuncia la grabación realizada de la llamada sin el conocimiento de los afectados y la difusión de dicha grabación a terceros, también sin su consentimiento.

El procedimiento, por tanto, tiene por objeto el análisis global de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” desde el punto de vista de la normativa de protección de datos personales y en relación con las personas que reciben las llamadas de broma.

Se omite cualquier análisis de la posición de los usuarios de la aplicación (bromistas), así como de la información que MIRACLIA ofrece a los mismos y del tratamiento de sus datos personales.

De acuerdo con lo expuesto, las conclusiones que pudieran derivarse del presente procedimiento no supondrán ningún pronunciamiento respecto de los aspectos anteriores descartados.

#### IV

Con carácter previo, procede considerar la alegación formulada por MIRACLIA en relación con la posición que ocupa, a su juicio, en la relación personal entre bromista y abromado. Considera la citada entidad que su intervención se limita a facilitar un medio de ocio entre particulares, que actúa como un intermediario en una relación entre particulares.

De acuerdo con este planteamiento, MIRACLIA entiende que la normativa de protección de datos personales no es aplicable al presente supuesto, por cuanto gastar una broma a través de una aplicación o de un medio en el que el usuario es soberano de la información que se facilita es un acto desarrollado en el ámbito doméstico o personal y, por tanto, excluido del ámbito de protección de dicha normativa según lo establecido en el artículo 2.2 del RGPD y artículo 2.2.a) de la LOPDGDD. Dice al artículo 2.2 del RGPD:

*“2. El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales:*

*c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”.*

Esta Agencia, en cambio, considera que la actuación de la entidad reclamada no puede incluirse en esta excepción por tres razones:

. MIRACLIA no es una persona física: el artículo 2.2.c) del RGPD, al establecer la excepción indicada, se refiere expresamente al tratamiento de los datos personales efectuado por una persona física.

. Su actividad se lleva a cabo en conexión con una actividad profesional o comercial. Se constituye como sociedad limitada, con ánimo de lucro y carácter mercantil.

. El RGPD se aplica íntegramente a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con actividades personales o domésticas (en el caso de que efectivamente lo fuese).

Sobre estas cuestiones, el considerando (18) del RGPD declara lo siguiente:

*“El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”.*

Nos encontramos ante actividades empresariales, con un modelo de negocio basado en la realización de bromas a través de una aplicación a cambio de un precio.

Para definir qué ha de considerarse como tratamiento de carácter exclusivamente personal o doméstico, aunque puede descartarse en este caso la aplicación de aquellos preceptos sin necesidad de entrar en ese análisis, es conveniente tener en cuenta la doctrina del TJUE declarada en las sentencias Lindqvist, Rynes y Testigos de Jehová (STJUE de 10 de julio de 2018, C-25/17).

De acuerdo con estas sentencias, cabe considerar que el TJUE entiende, con carácter general, que la excepción de actividades de carácter exclusivamente personal o doméstico ha de ser interpretada en sentido estricto, tan solo cuando el tratamiento de datos afecte “*incidentalmente*” a la vida privada o intimidad de “*otras personas*”, distintas del responsable que trata los datos personales. También se dice por parte del Tribunal que el carácter de actividades personales o domésticas no se define exclusivamente por oposición a la difusión de los datos, como parece indicar MIRACLIA, sino que esa difusión implica que un tratamiento de datos personales relativo a la vida privada o familiar de los particulares no pueda ser considerado excluido de la normativa protectora, de modo que puede haber otros casos en que aun tratándose datos personales de carácter personal o doméstico, este no pudiera entenderse incluido dentro de la excepción prevista en el artículo 2.2 c) del RGPD.

No cabe perder de vista cuál es el tratamiento de datos personales que se realiza en el presente caso: consiste en una llamada de teléfono, a un teléfono de una tercera persona, cuya voz, cuando contesta a la llamada, queda grabada en el sistema técnico de MIRACLIA. Como puede verse, en este caso no es que la vida privada o la intimidad de otras personas quede “*incidentalmente*” afectada, sino que el objeto mismo de este tratamiento de datos es, precisamente, la voz de la tercera persona a quien se llama. Es decir, el tratamiento de los datos personales del tercero a quien se llama no es una mera molestia “*incidental*” dentro de un tratamiento de datos más general, sino que el uso de sus datos personales es precisamente el objetivo del tratamiento. Luego no cabe considerar en ningún caso que dicho tratamiento de datos de la voz del abromado es meramente incidental, sino que se trata de un tratamiento “*principal*”.

La STJUE de 10 de julio de 2018, C-25/17, Testigos de Jehová, establece una interpretación acerca del concepto de actividades exclusivamente personales o domésticas y dice así:

*42 Como ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 3, apartado 2, segundo guion, de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares. A este respecto, no procederá considerar que una actividad es exclusivamente personal o doméstica, a efectos de dicho precepto, cuando tenga por objeto permitir a un número indeterminado de personas el acceso a datos personales o cuando la actividad se extienda, aunque sea en parte, al espacio público y esté por tanto dirigida hacia el exterior de la esfera privada de la persona que procede al tratamiento de los datos (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, apartado 47; de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 44, y de 11 de diciembre de 2014, Rynes, C-212/13, EU:C:2014:2428, apartados 31 y 33).*

En el caso de MIRACLIA, resulta que las personas físicas “abromadas” transfieren información a dicha entidad, puesto que la voz del abromado se graba en la aplicación proporcionada, e igualmente los que van a ser bromistas también la transmiten a MIRACLIA, porque le proporcionan los números de teléfonos destinatarios de las llamadas que realizará dicha entidad. Este Teléfono se registra en los sistemas de la entidad hasta la realización de

la llamada, se graba la conversación con el propósito de prestar un servicio de contenidos multimedia a los que se accede a través de dispositivos móviles, ofreciéndose la posibilidad de reproducir, descargar y compartir el fichero de audio. Ello supone en primer lugar que dicha actividad se dirige hacia el exterior de la esfera personal y privada del bromista, en la interpretación del TJUE, lo que la excluye en todo caso la excepción “exclusivamente personal y privada”.

De ello resulta que las personas físicas “bromistas” transmitirían datos personales a MIRACLIA, la cual registra (esto es, “trata” dichos datos) grabándolos. Pero MIRACLIA también “trata” en sus sistemas el número de teléfono de dichas terceras personas, pudiendo potencialmente (cuando no materialmente) establecer un vínculo entre un determinado número de teléfono y una determinada voz grabada en sus sistemas. Es decir, MIRACLIA realiza tratamientos de datos personales a los que no puede aplicarse en ningún caso la excepción a la que nos referimos.

Pero, además, aunque inicialmente no existe ninguna vinculación entre MIRACLIA y la “víctima”, también se realiza un tratamiento de datos consistente en un registro de las personas que no desean recibir más bromas.

La actuación de MIRACLIA es esencial dado que, sin su concurso no sería posible el tratamiento de datos que se realiza en el proceso. MIRACLIA facilita el medio para hacer la llamada, facilitar el medio para elegir una broma, y facilita el medio para grabar y almacenar una broma, lo que significa que determina los medios del tratamiento y los fines, organiza, fomenta y coordina las actividades de los bromistas a través de su aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1, y por lo tanto participa, junto con los bromistas, en la determinación de la finalidad y de los medios de los tratamientos de datos personales de los abromados. Además, MIRACLIA, “atendiendo a sus propios objetivos” (mercantiles) influye en la actuación de los bromistas y la fomenta, por lo que habrá de ser considerada responsable, conjuntamente con los bromistas, de los tratamientos de datos que se realizan de las personas abromadas.

## V

Otra de las cuestiones preliminares planteada por MIRACLIA tiene que ver con la existencia o no de datos personales. Cuestiona que la información pueda considerarse dato personal, por cuanto MIRACLIA es incapaz de identificar a los abromados de manera sencilla y sin medios desproporcionados, y señala que el único que puede identificar al abromado es el usuario, que es anónimo para la entidad.

Añade que no es capaz de identificar al abromado ni de vincularle con ningún otro dato y que la voz no es un dato personal si no permite identificar a su titular o si es necesario realizar esfuerzos desproporcionados para identificarlo.

El RGPD define el concepto de “datos personales” en su art. 4.1) como: *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica,*

*cultural o social de dicha persona”.*

De acuerdo con dichas definiciones, la información relativa a las personas destinatarias de las bromas que se llevan a cabo empleando la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” que recoge la entidad MIRACLIA se ajusta a la definición de datos personales. Además del número de teléfono, MIRACLIA procede a registrar también la voz de las personas abromadas a través de la oportuna grabación de la broma, susceptible de ser difundida, amén de otros datos del usuario.

En relación con la grabación de voz, el Informe 497/2007 del Gabinete Jurídico de esta Agencia afirma que *“las grabaciones de sonido permitirán identificar a una persona, más aún si esa grabación se adjunta a un expediente y por ello quedarán incluidas en el ámbito de aplicación de la LOPD”*. En el mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional.

A esto último, añadir que la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 19/03/2014 (rec.176/2012) dice que *“la voz de una persona constituye dato de carácter personal, tal y como se deduce de la definición que del mismo ofrece el artículo 3.a) de la LOPD, como <<cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables>>, cuestión esta que no resulta controvertida”*.

Estamos ante un concepto amplio que puede comprender información objetiva, como puede ser por ejemplo el nombre y los apellidos, o bien información subjetiva, como pueda ser la valoración de un examinador en un examen profesional. El TJUE así lo ha entendido, por ejemplo, en la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/16, Peter Nowak.

Que el RGPD considera a la voz como un dato personal es innegable. El Dictamen 4/2007, de 20 junio de 2007, sobre el concepto de datos personales (WP136), del Grupo de Trabajo del art. 29, así lo recoge igualmente, con ejemplos. En el ejemplo 2º, sobre Banca telefónica, dice: *“En las operaciones de banca telefónica, en las que la voz del cliente que da instrucciones al banco se graba en una cinta, las instrucciones grabadas deben ser consideradas como datos personales”*. Del mismo modo, tanto este Dictamen 4/2007, como el Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas (WP193) establecen que la voz puede ser tanto un dato personal, en bruto, como además, utilizado con técnicas biométricas.

Para que esa característica acústica de la persona humana pueda ser considerada dato personal, el RGPD determina que dicha información ha de referirse a una persona física identificada o identificable, y considera persona identificable a aquella cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente a través de dicho dato personal.

MIRACLIA parte de una premisa errónea, que consiste en considerar que no estamos ante un dato personal porque la propia entidad MIRACLIA no podría identificar a la persona cuya voz es grabada (es decir, el “interesado”, el abromado) dado que no almacena el número del destinatario.

Este argumento es erróneo. La normativa de protección de datos (Considerando 26 del RGPD) parte de la base de una protección integral del derecho fundamental de la protección de datos de la persona física, por eso, como ya hemos razonado anteriormente, las excepciones han de ser interpretadas con carácter estricto y el concepto de dato

personal con un criterio amplio.

El Considerando 26 del RGPD, en la parte que ahora interesa dice así:

*“Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física”.*

Como puede observarse, el RGPD considera que una persona es identificable cuando dicha persona pueda ser identificada bien por (i) el responsable del tratamiento, o bien por (ii) cualquier otra persona.

Como hemos visto anteriormente, cabría considerar al “bromista” como responsable del tratamiento conjuntamente con MIRACLIA, por lo que siendo así, no cabe duda de que el bromista puede identificar la voz de la persona destinataria de la llamada de broma. Pero, aun cuando se considerase que el bromista no es responsable del tratamiento, sí que sería considerado como una “tercera persona distinta del responsable”, y el RGPD considera, aun en ese caso, que el “abromado” es una persona identificable por el “bromista”, lo que determina que el dato de la voz de dicha persona identificable haya de ser considerado dato personal.

La normativa de protección de datos, por lo tanto, no restringe el concepto de “dato personal” o de “persona identificable” exclusivamente al supuesto en que el responsable del tratamiento sea quien pueda identificar, directa o indirectamente, al interesado cuyos datos se tratan (el abromado), sino que extiende su perímetro de protección más allá de dicha circunstancia y considera que si dicha persona (el abromado), como consecuencia de los medios puestos a disposición del bromista por el responsable (MIRACLIA), -como la singularización (por la voz, por ejemplo)-, puede ser identificada, directa o indirectamente, por “cualquier otra persona” distinta del responsable, (y ello aunque dicho abromado no sea identificable para el responsable, puesto que no se exige que así sea) considera dicha información como un dato personal referido a una persona física, y por tanto le es aplicable la normativa de protección de datos.

Para el caso de que se considere que existen dos responsables conjuntos respecto de un mismo tratamiento, el TJUE se ha ocupado de recalcar que la normativa de protección de datos no exige ni supone que cada uno de ellos tenga acceso a los datos personales en cuestión, por lo que puede haber alguno de dichos responsables que sin tener acceso a los datos personales seguirán siendo responsables (véase apartado 69 de la sentencia de 29 de julio de 2019, C-40/17, Fashion ID, que a su vez cita el apartado 29 de la sentencia de 5 de junio de 2018, C-210/16, Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, y el apartado 65 de la sentencia de 10 de julio de 2018, C-25/17, Testigos de Jehová).

## VI

El artículo 5 “Principios relativos al tratamiento” del RGPD establece:



*“1. Los datos personales serán:*

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);*
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);*
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);*
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);*
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);*
- f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).*

*2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).*

En relación con los citados principios, se tiene en cuenta lo señalado en el Considerando 39 del citado RGPD:

*“39. Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento. En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida. Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios. Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos. Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento”.*

## VII

El artículo 4 del RGPD, bajo la rúbrica “Definiciones”, dispone lo siguiente:

*“2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.*

De acuerdo con dichas definiciones, la utilización que dicha entidad realiza de la información (datos personales) que recaba de la persona abromada constituye un tratamiento de datos personales, respecto del cual el responsable ha de dar cumplimiento a los principios establecido en el artículo 5.1 del RGPD, según el cual los datos personales serán *“tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado (licitud, lealtad y transparencia)”*; y desarrollado en el Capítulo III, Sección 1ª, del mismo Reglamento (artículos 12 y siguientes).

El artículo 12.1 del citado Reglamento establece la obligación del responsable del tratamiento de tomar las medidas oportunas para *“facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios”*.

El artículo 13 del citado texto legal detalla la *“información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado”* y el artículo 14 del mismo Reglamento se refiere a la *“información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado”*.

En el primer caso, cuando los datos personales se recaben directamente del interesado, la información deberá facilitarse en el momento mismo en que tiene lugar esa recogida de datos. El artículo 13 del RGPD detalla esa información en los términos siguientes:

*“1. Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación:*

- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;*
- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;*
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;*
- d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;*
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;*
- f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una*

*copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.*

*2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:*

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;*
- b) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;*
- c) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;*
- d) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;*
- e) si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos;*
- f) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.*

*3. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.*

*4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no serán aplicables cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información”.*

En el segundo caso, cuando los datos personales no se obtengan del interesado, la información que deberá facilitarse al mismo se establece en el artículo 14 del RGPD:

*“1. Cuando los datos personales no se hayan obtenidos del interesado, el responsable del tratamiento le facilitará la siguiente información:*

- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;*
- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;*
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento;*
- d) las categorías de datos personales de que se trate;*
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;*
- f) En su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un destinatario en un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de ellas o al hecho de que se hayan prestado.*

*2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente respecto del interesado:*

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando eso no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;*
- b) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero;*
- c) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales*

*relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, y a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;*

*d) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento antes de su retirada;*

*e) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;*

*f) la fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público;*

*g) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.*

*3. El responsable del tratamiento facilitará la información indicada en los apartados 1 y 2:*

*a) dentro de un plazo razonable, una vez obtenidos los datos personales, y a más tardar dentro de un mes, habida cuenta de las circunstancias específicas en las que se traten dichos datos;*

*b) si los datos personales han de utilizarse para comunicación con el interesado, a más tardar en el momento de la primera comunicación a dicho interesado, o*

*c) si está previsto comunicarlos a otro destinatario, a más tardar en el momento en que los datos personales sean comunicados por primera vez.*

*4. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de los datos personales para un fin que no sea aquel para el que se obtuvieron, proporcionará al interesado, antes de dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier otra información pertinente indicada en el apartado 2.*

*5. Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no serán aplicables cuando y en la medida en que:*

*a) el interesado ya disponga de la información;*

*b) la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, en particular para el tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, a reserva de las condiciones y garantías indicadas en el artículo 89, apartado 1, o en la medida en que la obligación mencionada en el apartado 1 del presente artículo pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento. En tales casos, el responsable adoptará medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado, inclusive haciendo pública la información;*

*c) la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado, o*

*d) cuando los datos personales deban seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional regulada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, incluida una obligación de secreto de naturaleza estatutaria”.*

Por su parte, el artículo 11.1 y 2 de la LOPDGDD dispone lo siguiente:

*“Artículo 11. Transparencia e información al afectado*

*1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el apartado siguiente e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.*

*2. La información básica a la que se refiere el apartado anterior deberá contener, al menos:*

*a) La identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso.*

*b) La finalidad del tratamiento.*

*c) La posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE)*

2016/679.

*Si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia. En este caso, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.*

En relación con este principio de transparencia, se tiene en cuenta, además, lo expresado en los Considerandos 32, 39 (ya reseñado), 42, 47, 58, 60 y 61 del RGPD. Se reproduce a continuación parte del contenido de estos Considerandos:

*(32) El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen...*

*(42) ...Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales...*

*(47) El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable... En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior...*

*(58) El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice...*

*(60) Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales. Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración. Si los datos personales se obtienen de los interesados, también se les debe informar de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias en caso de que no lo hicieran...*

*(61) Se debe facilitar a los interesados la información sobre el tratamiento de sus datos personales en el momento en que se obtengan de ellos o, si se obtienen de otra fuente, en un plazo razonable, dependiendo de las circunstancias del caso...*

El Tribunal Constitucional, entre otras, en sus STC 39/2016, de 3 de marzo, con cita a su vez de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, ha establecido que el derecho de información forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Así, en su FJ2, de la STC 39/2016, expone:

*“El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de*



*datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento. Por ello, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento.*

*(...)*

*Son así elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales «los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7)".*

MIRACLIA no informa en ningún momento al interesado, es decir, al abromado, del contenido de sus derechos conforme a lo establecido en el RGPD. Ello determina que el tratamiento de datos que realiza en ningún caso puede reputarse como lícito.

El artículo 12.1 del RGPD establece que dicha información deberá ser facilitada "por escrito"; sólo si lo solicita el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios. En el presente caso, no ha existido ninguna información por escrito, ni la identidad del interesado ha quedado demostrada por ningún medio.

El artículo 13.1 del RGPD establece que "cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él" (como es el caso, ya que la llamada se le realiza al abromado y por lo tanto los datos personales, su voz, procede directamente del abromado), el responsable del tratamiento, "en el momento en que éstos [los datos] se obtengan", le facilitará toda la información que se indica a continuación en dicho apartado.

Como se comprueba de los hechos del expediente, MIRACLIA no ha informado previamente de ninguna de dichas circunstancias al abromado, de manera que se infringe el derecho fundamental a la protección de datos de los abromados, quienes no han tenido conocimiento, previamente a la grabación que siempre realiza MIRACLIA de sus datos en sus sistemas, de las circunstancias que la normativa establece que deben conocer.

El afectado responde a una llamada de teléfono, que va a ser grabada, no sólo sin haber podido prestar su consentimiento, sino sin haber sido informado, en ese momento, de manera que tenga conocimiento del tratamiento que se pretende llevar a cabo con sus datos personales y de las circunstancias que precisa la normativa de protección del derecho fundamental. Entre estas circunstancias cabe destacar la prevista en la letra c) del apartado 1 de dicho artículo 13 del RGPD: el interesado deberá ser informado en el momento de obtención de sus datos personales, entre otras circunstancias, de la base jurídica del tratamiento, a lo que cabe añadir lo establecido en la letra d), esto es, que cuando el tratamiento se base en el art. 6, apartado 1, letra f) -interés legítimo-, deberá informarse al interesado cuáles son los intereses legítimos del responsable o de un tercero que se alegan

como base jurídica del tratamiento.

Esa falta de información sobre cuál es la base jurídica del tratamiento o en caso de alegar interés legítimo, cuáles son dichos intereses legítimos, es de gran importancia. El RGPD pretende que el interesado (el abromado) pueda tener conocimiento en ese momento (en el momento de recogida de sus datos personales) de cuáles son los intereses legítimos que se alegan hipotéticamente por el responsable para tratar sus datos personales sin necesidad de su consentimiento. Es en este momento cuando habrá de realizarse por el responsable del tratamiento la ponderación entre los intereses legítimos que se pudieran alegar por el responsable y los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de sus datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Dicha ponderación no puede realizarse en un momento posterior, unilateralmente por el responsable, sin tener en cuenta los derechos, libertades e intereses del propio abromado, pues simplemente basta decir que se le negaría no sólo su derecho de información, sino su derecho a realizar alegaciones, a ser oído ante la pretensión del responsable de utilizar sus datos personales sin contar con su consentimiento (pues eso es precisamente la virtualidad de la utilización del interés legítimo como base jurídica del tratamiento, y lo que pretende aquí MIRACLIA como responsable del tratamiento).

La sentencia del TJUE de 29 de julio de 2019, C-40/17, Fashion ID, establece las pautas de a quién correspondería, en cualquier caso, solicitar el consentimiento del interesado en el caso de que hubiere dos, o más, responsables del tratamiento. Así como igualmente determina a quién corresponde la obligación de información al interesado, y cuándo ha de darse esta información. Y de dicha sentencia resulta que, aplicándola al presente caso, correspondería a MIRACLIA.

El apartado 102 a 104 de la sentencia Fashion ID establecen:

*“102 Por lo que respecta al consentimiento mencionado en los artículos 2, letra h), y 7, letra a), de la Directiva 95/46, resulta que este debe darse con anterioridad a la recogida y a la comunicación por transmisión de datos del interesado. En estas circunstancias, incumbe al administrador del sitio de Internet, y no al proveedor del módulo social, solicitar dicho consentimiento, en la medida en que es el hecho de que un visitante consulte ese sitio de Internet lo que desencadena el proceso de tratamiento de datos personales. En efecto, como señaló el Abogado General en el punto 132 de sus conclusiones, no sería coherente con una protección eficaz y oportuna de los derechos del interesado que el consentimiento solamente se diera al corresponsable del tratamiento que interviene posteriormente, a saber, al proveedor de dicho módulo. No obstante, el consentimiento que debe prestarse al administrador se refiere únicamente a la operación o al conjunto de las operaciones de tratamiento de datos personales cuyos fines y medios determina efectivamente dicho administrador.*

*103 Lo mismo cabe decir respecto de la obligación de información establecida en el artículo 10 de la Directiva 95/46.*

*104 De la redacción de dicha disposición se desprende, a este respecto, que el responsable del tratamiento o su representante deben comunicar a la persona de quien se recaban los datos por lo menos la información mencionada en la citada disposición. Por lo tanto, resulta que el responsable del tratamiento debe dar dicha información inmediatamente, a saber, en el momento en el que se recaban los datos (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de mayo de 2009, Rijkeboer, C-553/07, EU:C:2009:293, apartado 68, y de 7 de noviembre de 2013, IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, apartado 23)”.*

Como es sabido, no existe ningún derecho ilimitado y el derecho a la información del interesado, como parte esencial del derecho fundamental a la protección de sus datos personales, no es ajeno a dicho principio. Ahora bien, en cuanto excepción habrá de ser

interpretada con carácter estricto, de manera que únicamente en los casos establecidos por la ley podrá entenderse que pueda haber una excepción al derecho de información.

Tal y como establece el apartado 39 de la STJUE de 7 de noviembre de 2013, C-473/12, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) contra Geoffrey Englebert y otros*, a la que luego haremos referencia más extensa:

39 *Conforme a reiterada jurisprudencia, la protección del derecho fundamental a la intimidad exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las restricciones a dicha protección se establezcan sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario (sentencias de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C-73/07, Rec. p. I-9831, apartado 56, y de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, Rec. p. I-11063, apartados 77 y 86).*

Las únicas limitaciones al derecho de información se encuentran en el artículo 23 del RGPD y se necesitan medidas legislativas expresas para acordarlas, respetando en todo caso lo esencial de los derechos y libertades, y siempre que se den los supuestos tasados que se relacionan en dicho precepto.

Aunque en referencia al consentimiento, MIRACLIA ha señalado que no puede atender algunas previsiones normativas porque se desvirtuaría el hecho mismo de gastar una broma o el efecto sorpresa. Ahora bien, nada se ha alegado respecto de las limitaciones señaladas, ni tampoco parece que sean aplicables al presente caso. MIRACLIA no menciona ninguna medida legislativa que conlleve la posibilidad de excepcionar en el caso de la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 el derecho fundamental a la protección de los datos personales del interesado, el abromado, por lo que cualquier análisis posterior carecería de sentido. Además, la posibilidad de excepcionar mediante medidas legislativas los derechos fundamentales de los particulares son de tal importancia como la seguridad del estado, la defensa, la seguridad pública, la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales etc. De manera que en ningún caso dicha posibilidad de exceptuar el derecho de información del interesado se anuda a la posibilidad de gastar bromas a través de una aplicación on-line, y tampoco a un interés comercial, por lo que no puede haber intereses comerciales que sirvan de justificación para que al interesado-abromado se le deniegue su derecho a ser informado en los términos del artículo 13 RGPD.

Por tanto, la actuación de MIRACLIA no se encuentra excluida de la obligación de proporcionar a los interesados el derecho de información, con el contenido establecido en el artículo 13 RGPD, en el momento en que los datos personales se obtengan del interesado. Cuando los datos personales se obtienen del interesado en ningún caso dicha información puede proporcionarse después, ni mucho menos no darse nunca, como es el caso que aquí nos ocupa. En definitiva, los interesados deberán en todo caso ser informados para que el tratamiento pueda considerarse lícito, lo que no ha sido ciertamente el caso.

Lo mismo puede decirse sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 del RGPD, que regula la información que deberá ofrecerse al interesado cuando los datos no sean recabados directamente del mismo, como ocurre en relación al número de telefonía móvil del abromado, que es facilitado a MIRACLIA por un tercero, el bromista.

En general, ninguna información ofrece MIRACLIA al interesado/ afectado (persona que recibe la llamada de broma) en los documentos “*Términos y Condiciones de Uso del Servicio*” y “*Política de Privacidad*”, más allá de indicar que “*Miraclia no recoge datos de los*

*destinatarios de las bromas*", cosa que, como se ha visto, no es cierto.

La única información dirigida al abromado resulta de la locución que se reproduce al final de la llamada de broma, con el mensaje siguiente:

*"Un amigo suyo le ha gastado una broma. En caso de que no quiera que su amigo pueda escuchar, descargar o difundir la broma, o en caso de que no quiera recibir más bromas, pulse 5 con su teclado después de la señal. Beeep".*

Como puede verse, en dicha locución no se especifica que la broma haya sido grabada y que, mediante la acción indicada, sea borrada de los sistemas de la entidad. No se incluye, por lo demás, el detalle sobre ninguno de los aspectos establecidos en los artículos 13 y 14 del RGPD.

Por otra parte, en ningún momento a lo largo de la conversación telefónica se identifica a la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 como gestor de la llamada ni a la compañía desarrolladora MIRACLIA como propietaria de la plataforma, de modo que el receptor de la broma desconoce dónde debe dirigirse para obtener más información sobre la llamada o ejercitar sus derechos; en ningún momento se cita a la persona bromista; y tampoco se informa en ningún momento, durante el desarrollo de la broma, que la conversación esté siendo o pueda ser grabada.

En consecuencia, los hechos expuestos suponen una vulneración del principio de transparencia regulado en los artículos 13 y 14 del RGPD, que da lugar a la aplicación de los poderes correctivos que el artículo 58 del citado Reglamento otorga a la Agencia Española de Protección de datos.

Finalmente, cabe señalar que MIRACLIA ha alegado que, con motivo de las presentes actuaciones, conocida la imputación realizada por primera vez en relación con los defectos de información, ha procedido de inmediato a su subsanación completando la información ofrecida al final de la conversación de la broma como sigue:

- Que alguien ha gastado una broma para pasar ambos un buen rato.
- Que para la misma ha utilizado la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 propiedad de MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L.
- Que para oponerse a que dicha broma llegue al bromista y para suprimirla puede pulsar la tecla 5.
- Que tiene más información pulsando la tecla 1.

Y al pulsar la tecla 1 se ofrece la explicación detallada, también incluida en la web. De este modo, de la información que no facilitaba al interesado, ahora ha incluido:

- La identidad de MIRACLIA
- Los datos de contacto del Delegado de Protección de datos
- El plazo de conservación
- La base de legitimación
- El ejercicio de los derechos al completo que si bien se garantizaban los de oposición y supresión (y también el de acceso cuando se solicitaba) se especifican ahora formalmente.

No aporta, sin embargo, ninguna prueba sobre ello; ni siquiera el texto o grabación de la locución insertada al final de la conversación, de modo que pueda valorarse

correctamente la supuesta información ofrecida. Y tampoco señala MIRICLIA nada respecto de las cautelas adoptadas para asegurarse de que el interesado ha accedido efectivamente a la información o sobre las medidas que aplicará en aquellos casos en que se interrumpiera la comunicación antes de la reproducción de la locución.

## VIII

Por otra parte, los artículos 6 y 7 del mismo RGPD se refieren, respectivamente, a la “*Licitud del tratamiento*” y las “*Condiciones para el consentimiento*”:

Artículo 6 del RGPD.

*“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

*Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.*

*2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.*

*3. La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:*

- a) el Derecho de la Unión, o*
- b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.*

*La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.*

*4. Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con*



*objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:*

- a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;*
- b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;*
- c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;*
- d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto;*
- e) la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización”.*

Artículo 7 del RGPD.

*“1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.*

*2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.*

*3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.*

*4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.*

Se tiene en cuenta lo expresado en los considerandos 32, 39, 40 a 44 y 47 del RGPD en relación con lo establecido en los artículos 6 y 7 antes reseñados.

Procede tener en cuenta, igualmente, lo establecido en el artículo 6 de la LOPDGDD:

*“Artículo 6. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado*

*1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.*

*2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.*

*3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.*

De acuerdo con lo expresado, el tratamiento de datos requiere la existencia de una base legal que lo legitime, como el consentimiento del interesado prestado válidamente, necesario cuando no concurra alguna otra base jurídica de la mencionadas en el artículo 6.1 del RGPD o el tratamiento persiga un fin compatible con aquel para el que se recogieron los datos.

El artículo 4 del RGPD define el “consentimiento” en los términos siguientes:

*“Artículo 4 Definiciones*

*A efectos del presente Reglamento se entenderá por:*

*11. «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*

El consentimiento se entiende como un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernan, prestada con garantías suficientes para acreditar que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. Y debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o mismos fines, de modo que, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos de manera específica e inequívoca, sin que pueda supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de sus datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación negocial. A este respecto, la licitud del tratamiento exige que el interesado sea informado sobre los fines a que están destinados los datos (consentimiento informado).

El consentimiento ha de prestarse libremente. Se entiende que el consentimiento no es libre cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno; o cuando no se le permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato o prestación de servicio sea dependiente del consentimiento, aún cuando éste no sea necesario para dicho cumplimiento. Esto ocurre cuando el consentimiento se incluye como una parte no negociable de las condiciones generales o cuando se impone la obligación de estar de acuerdo con el uso de datos personales adicionales a los estrictamente necesarios.

Sin estas condiciones, la prestación del consentimiento no ofrecería al interesado un verdadero control sobre sus datos personales y el destino de los mismos, y ello haría ilegal la actividad del tratamiento.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 analizó estas cuestiones en su documento “Directrices sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679”, revisadas y aprobadas el 10/04/2018; que ha sido actualizado por el Comité Europeo de Protección de Datos el 04/05/2020 mediante el documento “Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679”. De lo indicado en este documento, interesa ahora destacar algunos aspectos relacionados con la validez del consentimiento, en concreto sobre los elementos “específico”, “informado” e “inequívoco”:

*<<3.2. Manifestación de voluntad específica*

*El artículo 6, apartado 1, letra a), confirma que el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos debe darse «para uno o varios fines específicos» y que un interesado puede elegir con respecto a cada uno de dichos fines. El requisito de que el consentimiento deba ser «específico» tiene por objeto garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado. Este requisito no ha sido modificado por el RGPD y sigue estando estrechamente vinculado con el requisito de consentimiento «informado». Al mismo tiempo, debe interpretarse en línea con el requisito de «disociación» para obtener el consentimiento «libre». En suma, para cumplir con el carácter de*

«específico» el responsable del tratamiento debe aplicar:

- i) la especificación del fin como garantía contra la desviación del uso,
- ii) la disociación en las solicitudes de consentimiento, y
- iii) una clara separación entre la información relacionada con la obtención del consentimiento para las actividades de tratamiento de datos y la información relativa a otras cuestiones.

Ad. i): De conformidad con el artículo 5, apartado 1, letra b), del RGPD, la obtención del consentimiento válido va siempre precedida de la determinación de un fin específico, explícito y legítimo para la actividad de tratamiento prevista. La necesidad del consentimiento específico en combinación con la noción de limitación de la finalidad que figura en el artículo 5, apartado 1, letra b), funciona como garantía frente a la ampliación o difuminación gradual de los fines para los que se realiza el tratamiento de los datos una vez que un interesado haya dado su autorización a la recogida inicial de los datos. Este fenómeno, también conocido como desviación del uso, supone un riesgo para los interesados ya que puede dar lugar a un uso imprevisto de los datos personales por parte del responsable del tratamiento o de terceras partes y a la pérdida de control por parte del interesado.

Si el responsable del tratamiento se basa en el artículo 6, apartado 1, letra a), los interesados deberán siempre dar su consentimiento para un fin específico para el tratamiento de los datos. En consonancia con el concepto de limitación de la finalidad, con el artículo 5, apartado 1, letra b), y con el considerando 32, el consentimiento puede abarcar distintas operaciones, siempre que dichas operaciones tengan un mismo fin. Huelga decir que el consentimiento específico solo puede obtenerse cuando se informa expresamente a los interesados sobre los fines previstos para el uso de los datos que les conciernen.

Sin perjuicio de las disposiciones sobre la compatibilidad de los fines, el consentimiento debe ser específico para cada fin. Los interesados darán su consentimiento entendiendo que tienen control sobre sus datos y que estos solo serán tratados para dichos fines específicos. Si un responsable trata datos basándose en el consentimiento y, además, desea tratar dichos datos para otro fin, deberá obtener el consentimiento para ese otro fin, a menos que exista otra base jurídica que refleje mejor la situación...

Ad. ii) Los mecanismos de consentimiento no solo deben estar separados con el fin de cumplir el requisito de consentimiento «libre», sino que también deben cumplir con el de consentimiento «específico». Esto significa que un responsable del tratamiento que busque el consentimiento para varios fines distintos, debe facilitar la posibilidad de optar por cada fin, de manera que los usuarios puedan dar consentimiento específico para fines específicos.

Ad. iii) Finalmente, los responsables del tratamiento deben facilitar, con cada solicitud de consentimiento separada, información específica sobre los datos que se tratarán para cada fin, con el objeto de que los interesados conozcan la repercusión de las diferentes opciones que tienen. De este modo, se permite a los interesados dar un consentimiento específico. Esta cuestión se solapa con el requisito de que los responsables faciliten información clara, tal y como se ha expuesto anteriormente en la sección 3.3>>.

### <<3.3. Manifestación de voluntad informada

El RGPD refuerza el requisito de que el consentimiento debe ser informado. De conformidad con el artículo 5 del RGPD, el requisito de transparencia es uno de los principios fundamentales, estrechamente relacionado con los principios de lealtad y licitud. Facilitar información a los interesados antes de obtener su consentimiento es esencial para que puedan tomar decisiones informadas, comprender qué es lo que están autorizando y, por ejemplo, ejercer su derecho a retirar su consentimiento. Si el responsable no proporciona información accesible, el control del usuario será ilusorio y el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Si no se cumplen los requisitos relativos al consentimiento informado, el consentimiento no será válido y el responsable podrá estar incumpliendo el artículo 6 de RGPD.

#### 3.3.1. Requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea «informado»

Para que el consentimiento sea informado es necesario comunicar al interesado ciertos elementos que son cruciales para poder elegir. Por tanto, el GT29 opina que se requiere, al menos, la

*información siguiente para obtener el consentimiento válido:*

- i) la identidad del responsable del tratamiento,*
- ii) el fin de cada una de las operaciones de tratamiento para las que se solicita el consentimiento,*
- iii) qué (tipo de) datos van a recogerse y utilizarse,*
- iv) la existencia del derecho a retirar el consentimiento,*
- v) información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas de conformidad con el artículo 22, apartado 2, letra c), cuando sea pertinente, e*
- vi) información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, tal y como se describen en el artículo 46>>.*

En el presente caso, MIRACLIA afirma en sus alegaciones que el consentimiento no puede ser la base jurídica para gastar una broma, entendiéndose con ello que el tratamiento de los datos personales de los abromados que realiza se ampara en el interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD.

Sin embargo, no es eso lo que se desprende de la información insertada en el documento denominado “*Términos y Condiciones de Uso del Servicio*” (Hecho Probado Segundo), en el que se indica hasta en tres ocasiones que el usuario debe contar con el consentimiento expreso e inequívoco de la persona que ha recibido la broma para que pueda realizarse la grabación y compartir posteriormente el fichero de audio, como requisito de funcionamiento del servicio (“*El funcionamiento del Servicio evita que se pueda generar una Grabación si el usuario de \*\*\*APLICACIÓN.1 no acepta expresamente tal condición previa*”). En dicho documento, MIRACLIA declara expresamente que “*no se responsabiliza de las consecuencias del incumplimiento de la obtención de los consentimientos necesarios para compartir la Grabación*”.

Es decir, MIRACLIA basa el tratamiento de datos personales directamente en el consentimiento del “abromado”, que he de ser recabado por el propio “bromista”.

MIRACLIA es consciente, entonces, de que dicha base jurídica del tratamiento es meramente formal, ficticia. Si considera que una broma no puede basarse nunca en el consentimiento del propio abromado, no se entiende lo indicado en su documento reseñado, sabiendo que el bromista nunca procederá a recabar el consentimiento del abromado.

Por otra parte, el tratamiento de datos personales que lleva a cabo el responsable del tratamiento MIRACLIA en ningún caso puede ser considerado “lícito” puesto que no se provee al interesado de la información a la que, con arreglo a las normas de protección de datos personales, tiene derecho, según quedó concluido en el Fundamento de Derecho anterior.

Tampoco puede ser considerado lícito desde el momento en que, como falta dicha información, el interesado se ve privado de su derecho a conocer la base jurídica del tratamiento alegada por el responsable, y en concreto, al referirse al interés legítimo, se ve privado de su derecho a conocer cuáles son dichos intereses legítimos alegados por el responsable o de un tercero que justificarían el tratamiento sin tener en cuenta su consentimiento.

Del mismo modo, el interesado se ve privado de su derecho a alegar por qué causas dicho interés legítimo alegado por el responsable podría ser contrarrestado por los derechos o intereses del interesado. No habiéndosele dado oportunidad al interesado de alegarlos frente al responsable, cualquier sopesamiento que realice el responsable sin tener en cuenta

las circunstancias que pudiera alegar el interesado a quien no se la ha permitido hacerlo estaría viciado, por ser un acto contrario a una norma imperativa.

Si la norma requiere que se informe al sujeto de sus derechos, y no se hace, la consecuencia ha de ser la nulidad de los actos posteriores (la misma ponderación realizada estaría viciada de nulidad de plenos derecho, así como el mismo tratamiento de datos personales realizado sobre una ponderación nula y sin valor alguno).

No existe por otra parte ninguna medida legal que exceptúe dicha obligación de proporcionar la citada información por el responsable, según quedó expuesto.

Por ello, no puede entenderse que sea aplicable como base jurídica del tratamiento de datos personales la del interés legítimo previsto en el artículo 6.1.f) del RGPD.

No obstante, aunque entendemos que el interés legítimo no es aplicable, interesa analizar hipotéticamente los términos en que debe llevarse a cabo la ponderación que prevé dicho artículo entre el legítimo interés del responsable de los datos y la protección de datos de carácter personal del interesado, es decir, cómo juega dicho interés legítimo, si fuera aplicable.

Pues bien, si este fuera el caso, el TJUE, ya en su sentencia de 4 de mayo de 2017, C-13/16, Rigas Satskime, apartado 28 a 34, determinó cuáles son los requisitos para que un tratamiento pueda resultar lícito sobre la base del interés legítimo. La sentencia TJUE de 29 de julio de 2019, C-40/17, Fashion ID, haciéndose eco de la sentencia citada, recoge dichos requisitos.

*28 A tal respecto, el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 -(actual artículo 6.1.f) del RGPD)- fija tres requisitos acumulativos para que el tratamiento de datos personales resulte lícito: primero, que el responsable del tratamiento o el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos persigan un interés legítimo; segundo, que el tratamiento sea necesario para la satisfacción de ese interés legítimo y, tercero, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos.*

En cuanto al primero de los requisitos, es decir, que el responsable del tratamiento o terceros persigan un interés legítimo, nos encontramos ante un interés mercantil, que podría considerarse legítimo en sí mismo, concretado en ganar dinero mediante la venta de bromas a terceros. Ahora bien, dichos beneficios se obtienen a costa de afectar los derechos e intereses legítimos a la protección de sus datos personales de los interesados (abromados), por lo que habrá de ser ponderado dicho interés con el de los particulares

Por lo que hace el segundo de los requisitos, sin embargo, consideramos que el tratamiento de datos personales que se realiza por el recurrente no es necesario o estrictamente necesario para la satisfacción de su interés legítimo (la sentencia citada de 4 de mayo de 2017, C-13/16, Rigas Satskime, en su apartado 30, declara “*Por lo que atañe al requisito de que el tratamiento de datos sea necesario, procede recordar que las excepciones y restricciones al principio de protección de los datos de carácter personal deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario*”).

Este principio de que el tratamiento debe ser estrictamente necesario para la satisfacción del interés legítimo hay que interpretarlo de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1.c) RGPD, que hace referencia al principio de minimización de datos,



señalando que los datos personales serán *“adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”*.

Dejando aparte, como ya hemos mencionado, el tema de que el interesado/abromado no conoce para qué fines o con qué base jurídica se han recogido sus datos, se entiende que la grabación de la voz de los interesados en los sistemas de MIRACLIA, que se realiza en todo caso y en toda circunstancia, así como igualmente, como se ha puesto de manifiesto en el expediente administrativo, el que los teléfonos de los interesados se guarden en dichos sistemas hasta la realización de la llamada, supone un tratamiento excesivo. Si el interés legítimo perseguido es el cobrar para que una persona, el bromista, pueda gastar una broma, no parece necesario, como requisito intrínseco de dicho tratamiento, (i) el que se guarden los datos personales (teléfono y voz). Tampoco puede considerarse legítimo, y por lo tanto consideramos que sería un tratamiento excesivo, la posibilidad de que el bromista se (ii) descargue la voz del abromado para poder acudir a dicha grabación cuantas veces quiera y poderla difundir sin restricción alguna, por lo que además (iii) faltarían medidas de seguridad que impidieran dicho tratamiento posterior por el bromista. Si lo que pretende MIRACLIA, con interés puramente mercantil, es cobrar por gastar una broma, dicho tratamiento podría hacerse sin necesidad de grabar la voz o el número de teléfono, y sin tener que dar la posibilidad, omnímoda e ilimitada, al bromista de descargarse en su terminal la voz del abromado para poderla difundir posteriormente sin limitación alguna. Por lo tanto, no existiría el segundo requisito relativo a un uso no excesivo o necesario.

En tercer lugar, por lo que hace al sopesamiento o ponderación, es decir, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos, el TJUE ha entendido (sentencia Rigas Satskime) que depende de las circunstancias del caso particular de que se trate.

En relación con esta ponderación, el Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46 emitió el Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento. Dicho Grupo, en su Dictamen dice que

*“...dicho examen requiere una consideración completa de una serie de factores, con el fin de garantizar que se tienen en cuenta debidamente los intereses y los derechos fundamentales de los afectados. Al mismo tiempo, se trata de una prueba modulable, que puede variar desde sencilla hasta compleja, y no es necesario que resulte indebidamente onerosa.*

*Los factores que deben considerarse cuando se efectúe dicha prueba de sopesamiento comprenderán:*

- *la naturaleza y la fuente del interés legítimo, y si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, resulta de otro modo de interés público o se beneficia del reconocimiento de la comunidad afectada;*
- *la repercusión para el interesado y sus expectativas razonables sobre qué sucederá con sus datos, así como la naturaleza de los datos y la manera en la que sean tramitados;*
- *las garantías adicionales que podrían limitar un impacto indebido sobre el interesado, tales como la minimización de los datos, las tecnologías de protección de la intimidad, el aumento de la transparencia, el derecho general e incondicional de exclusión voluntaria y la portabilidad de los datos.*

(a) En cuanto a la naturaleza y la fuente del interés legítimo alegado, este es un interés de carácter mercantil, como ya se ha puesto de manifiesto. El TS, en su sentencia STS 1921/2017, de 5 de mayo de 2017, Rec. 407/2016, ya puso de manifiesto que no puede prevalecer el interés de las comercializadoras de gas frente al interés de los consumidores

titulares de los contratos de suministro eléctrico, dado que estos últimos tienen un derecho fundamental frente a un interés meramente mercantil, por lo que la persona, el consumidor en este caso, tiene el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en su esfera íntima y la prohibición a estos de hacer uso de las y conocido, (con cita de las sentencias del TC 73/1982, 89/1987, 231/1988, 134/1999 y 115/2000).

(b) Cabe añadir, siguiendo con la lista de requisitos recomendados para la ponderación, que el tratamiento de datos que pretende llevar a cabo el recurrente no es en absoluto necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que habrá de decaer frente a la necesidad de protección de su derecho fundamental por los interesados.

(c) Tampoco cabe considerar que el tratamiento de datos personales propuesto por MIRACLIA resulte del interés público o que se beneficien del reconocimiento de la comunidad afectada.

(d) En cuanto a las expectativas razonables para el interesado respecto de la utilización de sus datos personales y las repercusiones para él, basta mencionar que con el tratamiento de datos personales que pretende realizar la recurrente, el interesado pierde todo poder de disposición sobre los mismos, ya que los datos se registran por sistema, antes de poder dar su consentimiento o siquiera de ser informado, por lo que el bromista-usuario podrá hacer uso de los datos personales del abromado, su voz, descargándola en su propio terminal y posteriormente difundirla entre otros terceros cuando quiera y como quiera, y ello con independencia de que el interesado-abromado pueda hacer uso de un hipotético derecho al bloqueo o supresión de sus datos frente a MIRACLIA, que como fácilmente puede observarse de la mecánica de la aplicación del sistema, no será efectivo en ningún caso si el bromista ya se ha descargado la voz en su terminal, puesto que su difusión ya no dependería de esa entidad.

(e) En cuanto a la naturaleza de los datos, consideramos que la voz es un dato particularmente sensible. Y lo es por cuanto que todos sabemos que la voz identifica unívocamente a un sujeto entre una comunidad más o menos amplia. Pero a mayor abundamiento, la voz también puede ser considerada un dato sensible en otro sentido, y es que el RGPD permite considerar la voz como un dato biométrico, siempre y cuando se le apliquen, o se le puedan aplicar, técnicas dirigidas a permitir identificar de manera unívoca a una persona física (art. 9.1 RGPD). No parece que el tratamiento de datos que el responsable pretende llevar a cabo con la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 vaya dirigido a aplicarle a la voz técnicas de tratamiento que la convierta en un dato biométrico, pero aunque ése no sea el objetivo del tratamiento de datos que lleve a cabo el responsable, no cabe duda de que la voz sí puede constituir la materia prima, el dato en bruto, a partir del cual se podría llegar a aplicar una técnica para que dicho dato personal, la voz, resultare ser un dato biométrico. Tal y como el TS ha tenido ocasión de considerar en la ya citada anteriormente sentencia STS 1921/2017, de 5 de mayo de 2017, Rec. 407/2016, el criterio del “riesgo” es un criterio a tener en cuenta cuando un dato personal, junto con otros, y con infracción del principio de información o de acceso, puede dar lugar a la identificación del interesado.

(f) En cuanto al último de los criterios de ponderación mencionados, a saber, *las garantías adicionales que podrían limitar un impacto indebido sobre el interesado, tales como la minimización de los datos, las tecnologías de protección de la intimidad, el aumento de la transparencia*, consideramos que es absolutamente necesario el aumento de la

transparencia en el sentido de proporcionar a los posibles abromados, con antelación al registro de su voz o de su teléfono, todas las circunstancias a que hace referencia el artículo 13 RGPD. Y además de ello, el hecho de grabar la voz del abromado en los sistemas del recurrente se considera excesivo, en el sentido del art. 5.1.c) RGPD.

En definitiva, y para acabar con este punto, no resulta del tratamiento de datos personales realizado por MIRACLIA que concurra, más allá de su propio interés mercantil, ninguna circunstancia que justifique la grabación de la voz de los abromados utilizando como base jurídica para el tratamiento el interés legítimo del artículo 7.f) de la Directiva. El tratamiento de datos personales que realiza MIRACLIA no es necesario para la satisfacción de un interés legítimo, y además no prevalece el interés legítimo de la recurrente frente los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de sus datos personales.

En consecuencia, no cabe considerar que el tratamiento de datos personales que lleva a cabo MIRACLIA esté amparado por el interés legítimo que prevé el artículo 6.1.f) del RGPD. Y tampoco el interesado presta su consentimiento para dicho tratamiento de datos, el cual resulta ilícito, además, al haberse prescindido totalmente del derecho de información del interesado en los términos previstos en la normativa de protección de datos personales.

De conformidad con lo expuesto, los citados hechos suponen una vulneración del artículo 6 del RGPD, que da lugar a la aplicación de los poderes correctivos que el artículo 58 del RGPD otorga a la Agencia Española de Protección de datos.

## IX

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, MIRACLIA señala que los argumentos contenidos en los fundamentos de derecho anteriores no son válidos para “\*\*\*APLICACIÓN.1”, que se encuentra en un escenario técnico y de tratamiento de datos distinto al que presentaba en actuaciones anteriores de la Agencia y la Justicia ordinaria. Para el presente caso, según MIRACLIA, “\*\*\*APLICACIÓN.1” se ajusta a la definición de servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales basado en numeración, definido en el artículo 2, apartados 5 y 6, de la Directiva (UE) 2018/1972, por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (versión refundida).

Partiendo de esta consideración, MIRACLIA entiende que sólo intervine facilitando los medios necesarios para prestar el servicio que ha contratado el usuario, único responsable del tratamiento de los datos de la persona que recibe la llamada de broma; que la conversación que tiene lugar por la prestación del servicio es personal o doméstica, en la medida en que el objeto del servicio es establecer una comunicación iniciada por el bromista, limitándose MIRACLIA a facilitar los medios para la transmisión; y que no realiza tratamiento de los datos del destinatario de la llamada de broma más allá del cumplimiento de las obligaciones de conservación que impone la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Por el mismo motivo, entiende MIRACLIA que no está obligada a facilitar la información a la que se refiere el RGPD, al resultar aplicable lo previsto en el Considerando 173 y el artículo 95 de dicho Reglamento, en relación con la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Según dicho artículo, el RGPD no impondrá

obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE, y, de acuerdo con esta Directiva, no puede exigirse a los servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales basados en recursos públicos de numeración que identifique al gestor de la llamada ni a la propietaria de la plataforma o que indique dónde obtener información sobre la llamada o sobre el ejercicio de derechos. Asimismo, debe respetarse el derecho del usuario del servicio a no identificarse y a grabar de forma personal la llamada.

Estas alegaciones deben rechazarse, al no existir todavía en el ordenamiento interno ninguna disposición que transponga la Directiva (UE) 2018/1972, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido. Siendo así, no puede decirse que la actividad que desarrolla mediante la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” se ajuste a una categoría de servicios de comunicaciones electrónicas que, en este momento, no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, tampoco es aplicable al presente caso el artículo 95 del RGPD, que prohíbe la imposición de *“obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE”*, la cual no figura entre las Directivas que quedarán derogadas por la Directiva (UE) 2018/1972 con efectos a partir del 21/12/2020. El presente acto no está referido a la Directiva 2002/58/CE ni supone la imposición de obligaciones específicas con el mismo objetivo pretendido por esta Directiva

En todo caso, cabe añadir que MIRACLIA basa estas alegaciones en el resultado de la auditoría realizada sobre la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” por un ingeniero de telecomunicaciones en julio de 2020, muy posterior al período analizado por los Servicios de Inspección de esta Agencia. Aunque la entidad responsable afirma que la versión de la aplicación auditada corresponde a la versión vigente en el momento en que se formularon las denuncias, no existe ninguna prueba que así lo acredite. Además, esta alegación ni si quiera se planteó en sus alegaciones a la apertura del procedimiento y supone un enfoque diferente a la posición que MIRACLIA ha mantenido durante las fases anteriores, en la que mostraba su disposición a subsanar algunas de las deficiencias puestas de manifiesto y defendía el interés legítimo de la entidad para el tratamiento de datos que realiza.

Además, parte de premisas y tiene por constatados hechos que no pueden ser aceptados, principalmente los relacionados con la existencia de una conversación entre un usuario de “\*\*\*APLICACIÓN.1”, que la inicia, y un tercero. Se afirma que *“la persona que inicia la conversación debe ser el usuario que contrata el servicio \*\*\*APLICACIÓN.1”* y que *“una vez establecida la conexión entre el usuario de \*\*\*APLICACIÓN.1 y el destinatario de la conversación se permite el intercambio directo de información interpersonal a través de redes de comunicaciones electrónicas entre ambos”*. Sin embargo, según ha quedado acreditado, el usuario de la aplicación simplemente programa una llamada, en la que no participa, la cual se realiza desde los sistemas de MIRACLIA con el propósito de reproducir al destinatario una locución (la correspondiente a la broma seleccionada por el usuario), de modo que tampoco esa llamada pone en comunicación a dos personas ni se produce ningún *“intercambio directo de información interpersonal”*. De producirse una llamada entre el

usuario y el destinatario de la broma, esa conversación en ningún caso tendría lugar con la intermediación de “\*\*\*APLICACIÓN.1”.

De la misma forma, no puede admitirse que el usuario de “\*\*\*APLICACIÓN.1” sea el que decide realizar la grabación del contenido del mensaje que él mismo edita. La llamada de broma queda en todo caso en los sistemas de MIRACLIA, sin que sea necesaria para ello la participación del usuario de “\*\*\*APLICACIÓN.1”, que se limita a utilizar los medios que facilita la propia entidad para acceder al fichero de audio que genera el sistema, sin que dicho usuario realice ninguna acción para editar su contenido.

Respecto de esta cuestión, tampoco puede aceptarse el planteamiento recogido en el informe de auditoría aportado por MIRACLIA, según el cual la calificación de servicio de comunicaciones electrónicas que se incluye en las Condiciones de Uso de la aplicación supone un reconocimiento implícito de la naturaleza del servicio (en el Anexo II al informe de auditoría se llega a afirmar literalmente lo siguiente: *“En las condiciones de uso de la aplicación \*\*\*APLICACIÓN.1 en el artículo 6 se indica que “como con cualquier servicio de telecomunicaciones, es ilegal el uso de los servicios de \*\*\*APLICACIÓN.1 con el propósito de acosar o dañar a nadie”. Existe por tanto una declaración contractual de que \*\*\*APLICACIÓN.1 es un servicio sujeto a la regulación de telecomunicaciones y, por ello, un reconocimiento implícito de que se trata de un servicio de comunicaciones electrónicas en tal caso”*).

Es obvio que la posición que ocupa MIRACLIA en todo lo relativo al funcionamiento de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” no puede venir determinada por un pacto entre particulares o una declaración contractual, sino por las determinaciones legales que resulten aplicables.

Puede decirse, incluso, que las referidas alegaciones deben ser desestimadas aunque considerásemos lo dispuesto en el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, que define los servicios de comunicaciones interpersonal incluyendo en este concepto el transporte de señales y otros tipos de servicios que permiten la comunicación. Distingue *“tres tipos de servicios que pueden solaparse parcialmente, a saber: servicios de acceso a internet definidos en el artículo 2, punto 2, del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo (1); servicios de comunicaciones interpersonales, como se definen en la presente Directiva, y servicios que consisten total o principalmente en el transporte de señales”* (Considerando 15 de la Directiva (UE) 2018/1972, por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas).

De acuerdo con su artículo 2 “Definiciones”, a efectos de la citada Directiva:

<<se entenderá por:

4) “servicio de comunicaciones electrónicas”: el prestado por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, que incluye, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos, los siguientes tipos de servicios:

a) el “servicio de acceso a internet”, entendido según la definición del punto 2) del párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento (UE) 2015/2120;

a) el “servicio de comunicaciones interpersonales”, y



- b) *servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión;*

5) *“servicio de comunicaciones interpersonales”: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que permite un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo a través de redes de comunicaciones electrónicas entre un número finito de personas, en el que el iniciador de la comunicación o participante en ella determina el receptor o receptores y no incluye servicios que permiten la comunicación interpersonal e interactiva como una mera posibilidad secundaria que va intrínsecamente unida a otro servicio;*

6) *“servicio de comunicaciones interpersonales basados en numeración”: servicio de comunicaciones interpersonales que bien conecta o permite comunicaciones con recursos de numeración pública asignados, es decir, de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional;>>.*

En relación con estas definiciones, debe considerarse lo expuesto en los Considerandos 17 y 18 de la misma Directiva:

(17) *Los servicios de comunicaciones interpersonales son servicios que permiten el intercambio interpersonal e interactivo de información y que comprenden servicios como las llamadas de voz tradicionales entre dos personas, así como también todo tipo de correos electrónicos, servicios de mensajería o charlas en grupo. Los servicios de comunicaciones interpersonales solo abarcan las comunicaciones entre un número finito, es decir, potencialmente no ilimitado, de personas físicas, que está determinado por el remitente de la comunicación. Las comunicaciones en las que intervengan personas jurídicas deben entrar en el ámbito de aplicación de la definición cuando las personas físicas actúan en nombre de esas personas jurídicas o intervienen al menos en un lado de la comunicación. La comunicación interactiva supone que el servicio permite que el receptor de la información responda. Los servicios que no cumplan esos requisitos, como la radiodifusión lineal, el vídeo a la carta, los sitios web, las redes sociales, los blogs o el intercambio de información entre máquinas, no deben ser considerados servicios de comunicaciones interpersonales. En circunstancias excepcionales, un servicio no debe ser considerado un servicio de comunicaciones interpersonales si el dispositivo de comunicación interpersonal e interactiva es una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones técnicas objetivas, no puede utilizarse sin dicho servicio principal y su integración no es un medio para eludir la aplicabilidad de las normas que regulan los servicios de comunicaciones interpersonales. Como elementos para que se dé la exclusión de la definición, los términos “menor” y “puramente auxiliar” deben interpretarse de manera restrictiva y desde una perspectiva objetiva de usuario final. Una característica de comunicaciones interpersonales puede considerarse menor cuando su utilidad objetiva para un usuario final es muy limitada y cuando, en realidad, apenas es utilizada por los usuarios finales. Un ejemplo de una característica que puede considerarse queda fuera del ámbito de aplicación de la definición de servicios de comunicaciones interpersonales podría ser, en principio, un canal de comunicación de un juego en línea, dependiendo de las características del dispositivo de comunicación del servicio.*

(18) *Los servicios de comunicaciones interpersonales que utilizan números de un plan nacional e internacional de numeración conectan con recursos de numeración de asignación pública. Esos servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración engloban tanto los servicios en los que los números de los usuarios finales se asignan para garantizar la conectividad extremo a extremo, como los servicios que posibilitan que los usuarios finales entren en contacto con las personas a las que se han asignados esos números. No debe considerarse que la mera utilización de un número en tanto que identificador equivale a la utilización de un número para conectar con números de asignación pública y, por lo tanto, no debe considerarse suficiente por sí misma para calificar un servicio como servicio de comunicaciones interpersonales basado en números. Los*

*servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración solo deben estar sujetos a obligaciones cuando el interés público exija la aplicación de obligaciones reglamentarias específicas a todos los tipos de servicios de comunicaciones interpersonales, con independencia de que utilicen números para la prestación de su servicio. Está justificado dar un trato diferente a los servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración, ya que participan en un ecosistema interoperable garantizado públicamente y, por consiguiente, también se benefician de él.*

Por tanto, un servicio de comunicaciones electrónicas interpersonales basados en numeración debe permitir un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo entre personas, sin que esta comunicación interpersonal e interactiva se incluya en el servicio de que se trate como una mera posibilidad secundaria.

En consecuencia, MIRACLIA no es un proveedor de redes y comunicaciones electrónicas ni suministra servicios de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, por las circunstancias expuestas, entiende esta Agencia que no es aplicable al presente supuesto la doctrina del Tribunal Constitucional alegada por MIRACLIA, que admite la grabación de una conversación entre personas por uno de los participantes. Y tampoco considera esta Agencia que el presente supuesto suscite controversia alguna que afecte al derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos.

También en sus alegaciones a la propuesta de resolución, señala MIRACLIA como falso el Hecho Probado 1, en el que se indica que dicha entidad es propietaria de una aplicación móvil denominada “\*\*\*APLICACIÓN.1”, marizando que se trata de un servicio al que se accede mediante una aplicación móvil. Sin embargo, en relación con esta cuestión nos, remitimos a las muchas referencias que el documento “*Términos y Condiciones de Uso del Servicio*” contiene sobre la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” (ej.: “*Definición del servicio: \*\*\*APLICACIÓN.1 es una aplicación...*”).

Y considera, asimismo, errónea la referencia al alojamiento de las bromas en un sitio público, por cuanto el acceso al audio se realiza a través de una URL privada a la que sólo tienen acceso el emisor de la broma y el destinatario de la misma, si aquél así lo quiere. Pues bien, entiende esta Agencia que lo indicado en el Hecho Probado 4 no resulta contrario a lo indicado por MIRACLIA cuando señala que no existe “*una plataforma en la que se publiquen las bromas realizadas para que pueda acceder cualquier tercero, pero las grabaciones de las bromas se encuentran alojadas en un sitio público, lo que posibilita el acceso a las mismas mediante el enlace al archivo de audio, que puede ser difundido indiscriminadamente por el usuario bromista*”.

En relación con lo expuesto en el Hecho Probado 5, se alega que el enlace al que accedieron los Servicios de Inspección de la Agencia para comprobar que “\*\*\*APLICACIÓN.1” opera en otros países del Espacio Económico Europeo corresponde a una plataforma de preproducción que nunca ha funcionado. No obstante, según consta en Diligencia de Inspección, el acceso se realizó desde las oficinas de la propia Agencia a información que en ese día se encontraba en producción, a disposición de cualquier tercero usuario de la red, es decir, información de acceso público. Los Servicios de Inspección no han realizado ningún acceso a sistemas de MIRACLIA en desarrollo. En todo caso, esta entidad no niega la información contenida en el citado Hecho Probado, sobre el funcionamiento de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” en los países que se indican y la disponibilidad al público de los términos y condiciones de uso en los idiomas reseñados.

Sobre las reclamaciones que constan reseñadas en los Antecedentes, reiteradamente advierte MIRACLIA que no debieron admitirse a trámite, teniendo en cuenta que los respectivos reclamante no se dirigieron previamente a la entidad ejercitando los derechos reconocidos por la normativa de protección de datos personales.

A este respecto, por un lado, cabe señalar que esta Agencia, en uso de las facultades y prerrogativas que tiene atribuidas, determinó como objeto de las actuaciones el análisis global de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” desde el punto de vista de la normativa de protección de datos personales y en relación con las personas que reciben las llamadas de broma, con independencia de las incidencias específicas de las reclamaciones planteadas, que sirvieron para motivar el inicio de las investigaciones oportunas en relación con el tratamiento de los datos personales de las personas que reciben las llamadas de broma, que coincide que el objeto de las reclamaciones; y, por otro lado, que el ejercicio de aquellos derechos no está establecido como un presupuesto necesario para poder formular una reclamación ante esta Agencia. La decisión sobre formular o no esta reclamación o el uso de cualquier otra vía para la defensa de sus derechos es exclusiva del reclamante. En todo caso, se estima conveniente señalar que la decisión que se adopta resulta de los hechos declarados probados, sin que se haya atribuido ningún alcance a las cuestiones destacadas por MIRACLIA en relación con las manifestaciones realizadas por los reclamantes sobre el envío de la grabación por whatsapp, la realización de llamadas distintas a la llamada de broma, el envío de correos electrónicos o la atención prestada por MIRACLIA a las solicitudes de ejercicios de derechos.

A diferencia con el presente caso, el precedente que cita MIRACLIA, en el que se trata el caso de una persona que recibió una llamada de broma de una emisora de radio, se refiere a una reclamación de tutela de derechos por la no atención de la solicitud de cancelación de datos que previamente había planteado ante el responsable, y como tal fue tramitada por esta Agencia.

Finalmente, solicita MIRACLIA un trámite de audiencia presencial para aclarar ante los instructores/inspectores de la Agencia los puntos expuestos y advierte que, en caso de no ver atendidos sus intereses, se reserva el derecho de acudir a otras instancias superiores y/o judiciales en España y en Europa. Dicha audiencia no está prevista en la normativa procesal aplicable, de modo que no resulta obligado realizar ese trámite ni ello perjudica el derecho de defensa de la entidad interesada, la cual, obviamente, dispondrá de la posibilidad de impugnar la resolución en las todas las vías previstas en la citada normativa.

## X

Para el caso de que concurra una infracción de los preceptos del RGPD, entre los poderes correctivos de los que dispone la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, el artículo 58.2 de dicho Reglamento contempla los siguientes:

*“2 Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:*

*(...)*

*b) sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con apercibimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento;”*

*(...)*

*d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado;*

*(...)*

*i) imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias de cada caso particular;”.*

Según lo dispuesto en el artículo 83.2 del RGPD, la medida prevista en la letra d) anterior es compatible con la sanción consistente en multa administrativa.

## XI

En el presente caso, ha quedado acreditado el tratamiento de datos personales que la entidad MIRACLIA realiza sin haber informado previamente al titular de los datos y sin legitimación para ello.

El interesado no conoce si quiera que sus datos personales están siendo tratados por esta entidad, que emplea una aplicación diseñada para utilizar datos personales proporcionados por un tercero y por el propio interesado. La aplicación se crea con un fin que requiere el tratamiento de datos personales. Gracias a la aplicación se somete a tratamiento la línea de telefonía a la que se envía la comunicación, se graba y reproduce la conversación mantenida por los interlocutores.

De conformidad con las constataciones obtenidas, se considera que los hechos expuestos podrían incumplir el principio de transparencia establecido en los artículos 12, 13 y 14 del RGPD, así como el principio de licitud del tratamiento regulado en el artículo 6 del RGPD, lo que, de confirmarse, podrían suponer la comisión de sendas infracciones tipificadas en el artículo 83.5 del RGPD, que bajo la rúbrica “*Condiciones generales para la imposición de multas administrativas*” dispone lo siguiente:

*“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:*

*a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9;*

*b) los derechos de los interesados a tenor de los artículos 12 a 22;(...).”.*

A este respecto, la LOPDGDD, en su artículo 71 establece que “*Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica*”.

A efectos del plazo de prescripción, el artículo 72 de la LOPDGDD indica:

“Artículo 72. Infracciones consideradas muy graves.

*1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los*

artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

(...)

b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679.

(...)

h) La omisión del deber de informar al afectado acerca del tratamiento de sus datos personales conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) 2016/679 y 12 de esta Ley Orgánica”.

A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

“1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;

b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;

c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;

d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;

e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;

f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;

g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;

h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;

i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;

j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y

k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”

Por su parte, el artículo 76 “Sanciones y medidas correctivas” de la LOPDGDD dispone:

“1. Las sanciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 se aplicarán teniendo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el apartado 2 del citado artículo.

2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:

a) El carácter continuado de la infracción.

b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.



- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.*
- e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.*
- f) La afectación a los derechos de los menores.*
- g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.*
- h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado."*

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de las sanciones de multa a imponer en el presente caso al reclamado, como responsable de infracciones tipificadas en el artículo 83.5.a) y b) del RGPD, procede graduar la multa que correspondería imponer por cada una de las infracciones imputadas.

Se estima que concurren en calidad de agravantes, aplicables a las dos infracciones del RGPD de las que se responsabiliza a MIRACLIA, los siguientes factores que revelan una mayor antijuridicidad y/o culpabilidad en la conducta de la entidad:

. La naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de las operaciones de tratamiento de que se trata: la gravedad de la infracción viene determinada por las propias operaciones de tratamiento que realiza MIRACLIA, que incluyen la recogida de datos personales para ponerlos a disposición de terceros, ofreciéndoles, además, funcionalidades o herramientas para la difusión de dichos datos personales, pese a que su tratamiento sea contrario al RGPD. La duración de la infracción, considerando que está ligada al propio funcionamiento de la aplicación "\*\*\*APLICACIÓN.1" viene determinada por el período de explotación de dicha aplicación.

. La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción: esta circunstancia resulta del propio diseño de la aplicación, que no ha previsto en modo alguno el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales. Es una agravante especialmente significativa pues la reclamada, sin ningún género de duda, conocía los defectos apreciados por esta Agencia en el funcionamiento de la aplicación a partir de diversos precedentes, en los que se sancionó por la infracción del principio del consentimiento. MIRACLIA no ignora que su conducta entraña una vulneración del RGPD y decidió seguir adelante con él.

. El carácter continuado de la infracción: resultado de la explotación ininterrumpida de la aplicación "\*\*\*APLICACIÓN.1".

. La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales y beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción: todas las operaciones que constituyen la actividad comercial o mercantil desarrollada por la reclamada implican operaciones de tratamiento de datos personales, y todas ellas afectadas por los mismos incumplimientos normativos. Así pues, todos los beneficios de este negocio son fruto y consecuencia de la infracción permanente de la normativa de protección de datos de la que la reclamada es responsable

. El volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente; y número de interesados: se tiene en cuenta que los defectos apreciados en los tratamientos de datos afectan a todas las personas que reciban una llamada de broma sirviéndose de la aplicación

“\*\*\*APLICACIÓN.1”.

. La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas: los perjuicios que pueden derivarse del tratamiento de los datos y su difusión son impredecibles, sin que MIRACLIA haya adoptado cautela alguna al respecto.

. La entidad imputada no tiene implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, de modo que la infracción no es consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos sino un defecto del sistema de gestión de los datos personales diseñado por la responsable.

Considerando los factores expuestos, la valoración inicial de la multa recogida en el acuerdo de apertura ascendió a 50.000 euros por cada una de las infracciones imputadas.

No obstante, la empresa ha solicitado en su escrito de alegaciones una reducción de esa multa, por cuanto representa el 25% de su facturación, que ascendió a 476.000 euros en el año 2018, en el que se produjeron pérdidas.

La información económica de la que se dispone relativa a MIRACLIA corresponde al año 2018, último ejercicio presentado. Consta una cifra de negocios para ese ejercicio de 475.823 euros y un resultado del ejercicio de -7.364 euros. Asimismo, se comprueba que se trata de una microempresa, con 2 empleados. Según la información que consta en el Registro Mercantil Central, el “Capital suscrito” asciende a 6.000 euros

Considerando esta circunstancia, se estima procedente proponer la imposición de una multa por importe de 20.000 euros por cada una de las infracciones cometidas [infracción del principio de transparencia por incumplimiento de lo establecido en los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.h) de la LOPDGDD; e infracción por incumplimiento de lo establecido en el artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD].

## XII

De acuerdo con lo establecido en el artículo 58.2.d) del RGPD, cada autoridad de control podrá *“ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado...”*.

En este caso, considerando las circunstancias expresadas en relación con los defectos apreciados en el funcionamiento de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1”, desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, procede requerir a MIRACLIA para que, en el plazo que se determine, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos prestan su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales; estableciendo, además, mecanismos que permitan acreditar que el interesado ha accedido efectivamente a la información ofrecida y que prestaron su consentimiento para la recogida y tratamiento de los datos personales. Todo ello con el alcance y en el sentido expresado en los Fundamentos de Derecho de la

presente resolución.

En aquellos casos en los que el interesado no fuera debidamente informado sobre las circunstancias reguladas en los artículos 13 y 14 del RGPD o el interesado no hubiese prestado su consentimiento, MIRACLIA no podrá llevar a cabo la recogida y tratamiento de los datos personales.

Por otra parte, procede que la entidad MIRACLIA cese en la utilización ilícita de los datos de carácter personal que consten en sus sistemas de información relativos a interesados que no hubiesen prestado su consentimiento informado para ello

Estas medidas serán de aplicación en todos los países del Espacio Económico Europeo en los que MIRACLIA opere a través de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1” y respecto de interesados que residan en dichos países.

Se advierte que no atender los requerimientos de este organismo puede ser considerado como una infracción administrativa grave al “*no cooperar con la Autoridad de control*” ante los requerimientos efectuados, pudiendo ser valorada tal conducta a la hora de la apertura de un procedimiento administrativo sancionador con multa pecuniaria.

Por lo tanto, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

**PRIMERO:** Sancionar a la entidad MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L., por una infracción de los artículos 13 y 14 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.h) de la LOPDGDD, con una multa por importe de 20.000 euros (veinte mil euros).

**SEGUNDO:** Sancionar a la entidad MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L., por una infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD, con una multa por importe de 20.000 euros (veinte mil euros).

**TERCERO:** Requerir a la entidad MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L para que, en el plazo de tres meses, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento que realiza, la información ofrecida a sus clientes y el procedimiento mediante el que los mismos deben prestar su consentimiento para la recogida y tratamiento de sus datos personales, con el alcance expresado en el Fundamento de Derecho XII. Tal adecuación deberá implantarse igualmente en todos los países del Espacio Económico Europeo en los que MIRACLIA opere a través de la aplicación “\*\*\*APLICACIÓN.1”.

**CUARTO:** NOTIFICAR la presente resolución a MIRACLIA TELECOMUNICACIONES, S.L.

**QUINTO:** Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto

939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A.. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos