

**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA
INTIMIDAD Y LA NUEVA LEY SOBRE
CLÁUSULAS ABUSIVAS.
EL CASO ESPAÑOL DEL CONTRATO DE
SERVICIOS TELEFÓNICOS Y LA VENTA
DE DATOS DE LOS USUARIOS**

*Elda Margarita Suárez Barrera**

SUMARIO: Planteamiento. 1. La ley española sobre condiciones generales de la contratación. 2. La Protección del derecho a la intimidad y la Ley Orgánica de Regulación y Tratamiento Automatizado de Datos. 3. Los contratos de servicios telefónicos y la venta de los datos de los suscriptores.

“Donde una vez ofrecieron sus mercancías vendedores de artículos navales, carniceros, panaderos y ebanistas, ahora se ven tiendas de moda y electrónica, restaurantes, cafés, herbolarios, oficinas bancarias y de compañías financieras y agencias de viajes. (...) Tanto por la proliferación de grandes centros comerciales, como por la propaganda por correo cada vez más personalizada o la cacofonía publicitaria de la televisión, en las sociedades avanzadas es difícil no ser consciente de que nos hallamos inmersos en culturas del consumo. Aunque en cierto sentido quizá debería decir cultura del consumo, porque ahora podemos ver Dallas o comer Big Macs y beber Coca-Cola en todas partes es más exacto culturas de consumo. Comprar ya no es un mal necesario o una tarea doméstica sino una actividad de ocio. Hay muchos para quienes pasar el día en un centro comercial es un entretenimiento, especialmente si ofrece una experiencia total...”

127

DAVID LYON, POSTMODERNIDAD

* Abogada de la Universidad de La Sabana. Diplomada en Estudios Latinoamericanos por el Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal de la Universidad de Salamanca. Doctoranda en Derecho de esta misma Universidad.

Se ha dicho que “el derecho, en el curso de la historia, en su movimiento y cambios sociales y económicos, no dejó de ser influido por ellos, ni se mantuvo al margen, ya sea en la época del desarrollo industrial, como en lo que ahora se denomina época posindustrial”¹. En efecto, en una sociedad que ofrece cambios tan vertiginosos y en la que las relaciones sociales se redimensionan constantemente no es extraño que el derecho se encargue de la regulación de fenómenos como la contratación en masa, el consumo y los derechos de los consumidores, así como también de los fenómenos informáticos y telemáticos que tienen la potencialidad de vulnerar derechos personalísimos como la libertad, el honor y la intimidad.

PLANTEAMIENTO

128 **1.** La igualdad y la libertad (expresada ésta última para el derecho privado en el principio de la autonomía de la voluntad) como postulados propios del individualismo liberal decimonónico en el que se fundan la mayoría de códigos civiles contemporáneos, parecen resquebrajarse ante los requerimientos de la sociedad contemporánea caracterizada, en líneas generales, por la urbanización, el desarrollo industrial y tecnológico, el advenimiento de la sociedad de masas, el consumismo.

Si bien la igualdad de las partes y la autonomía de la voluntad no son expresamente reconocidas por norma alguna del Código civil español, es cierto que éste parece suponer tanto la equiparación de las situaciones de los contratantes como la supremacía de su voluntad para producir relaciones jurídicas entre sí, como se deduce del artículo 1091 c.c.² que otorga fuerza de ley a las obligaciones que nacen de los contratos.

No obstante lo anterior, las relaciones sociales contemporáneas han atenuado los clásicos postulados del derecho privado y éste se ha

¹ LAQUIS, M. (1990): El derecho frente a las nuevas tecnologías en: *Separata de la “Revista del Derecho Industrial”, n° 33*, Buenos Aires, p.543.

² El texto del artículo 1091 del c.c. español determina: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”. La norma contenida en este artículo se corresponde, en nuestro derecho, con la del 1602 del c.c. enunciativa del Principio de la Autonomía de la Voluntad.

visto desbordado por los nuevos hechos sociales. Al respecto es ejemplo tópico el caso de los contratos de adhesión. Éstos, que pueden inscribirse en la categoría de actos en masa, “escapan al esquema codificado y se plantean en términos absolutamente diversos. Por ello, con razón, se ha hablado de *crisis del esquema codificado*: para resaltar que el proceso formativo del contrato, desde la Codificación hasta nuestros días, se ha visto profundamente alterado. La intervención estatal se ha hecho a la postre necesaria en la sacrosanta autonomía privada. A su vez, los propios particulares han dejado de actuar necesariamente como tales individualmente para organizarse como grupo o grupos en defensa de sus intereses”³. Entonces, puede afirmarse que actualmente el esquema clásico coexiste con las nuevas formas de contratación en masa.

2. De otra parte, en forma paralela a la protección de los contratantes que asumen el rol de *parte débil* en la contratación en masa, el derecho ha asumido la protección de los derechos de la personalidad que pueden resultar lesionados por los avances tecnológicos, y más concretamente, por el procesamiento de datos personales.

129

El *megamercado* en el que interactúan, por una parte, grandes empresarios, y por otra, consumidores, es también un mercado de información. La información ha dejado de ser un bien intangible y de poca importancia relativa para convertirse en un objeto de apropiación, no fungible y de un alto valor en el mercado. Puede afirmarse con Pérez Luño que “en una sociedad como la que nos está tocando vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario”⁴.

³ LASARTE, C. (1996): Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho, Tecnos, Madrid, p.338-339.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. (1991): Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, p. 347. Y en este mismo sentido puede verse: PÉREZ LUÑO (1989): Los derechos humanos en la sociedad tecnológica, en: AAVV: Libertad informática y leyes de protección de datos personales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Pero la reglamentación del fenómeno informático ha de tener lugar sobre todo con el fin de paliar la capacidad de la nueva tecnología informática y telemática para vulnerar derechos como la autodeterminación, el honor, la propia imagen y la intimidad. Si la información es entendida como un “conjunto de noticias, comunicados, informes o datos necesarios para algo o que interesan a alguien”⁵, se deduce que los datos son la materia prima de la información. Datos múltiples y diversos acerca de una persona pueden arrojar, a través de cruces de ficheros informáticos, lo que se ha denominado *perfil virtual personal*, esto es, la proyección de la propia persona en el mundo de la informática y, a través de él, su proyección en el ámbito de los negocios, de la recreación, del consumo y, en general, de las relaciones sociales mismas.

130 Dado lo anterior, normalmente se reconoce la titularidad de las personas sobre los datos que les conciernen. Además, se otorga la garantía del *habeas data* que protege la autodeterminación personal en relación con la manipulación abusiva que pueda generarse con el manejo de los datos referentes a un sujeto de derecho. El *habeas data* permite también el acceso a dichos datos y su posible rectificación.

3. Ahora bien, lo que nos hemos propuesto resaltar es que el fenómeno informático y el consumista no son necesariamente fenómenos inconexos sino, por el contrario, dada la complejidad de la sociedad actual, pueden resultar imbricados en diversas situaciones. En el ámbito jurídico es posible que la protección a los consumidores y usuarios, esto es, las *partes débiles* en los contratos de adhesión, coincida con la protección de la intimidad y de la autodeterminación informativa de los mismos. Así por ejemplo, es factible que las negociaciones previas y los propios contratos de adhesión sean utilizados por el *contratante económicamente fuerte* para obtener información de sus clientes o usuarios, con el propósito de comerciar luego en el “mercado de datos”, violando con ello tanto los supuestos de protección de la Ley sobre condiciones generales de la contratación como la Ley Orgánica de Protección de datos.

⁵ MARTÍNEZ DE SOUSA, J., (1981): Diccionario de la información, comunicación y periodismo, Paraninfo, p.260.

En esta perspectiva, las reflexiones que a continuación se consignan pretenden plantear la coincidencia de la Ley Orgánica Española 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) y de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, respecto al caso de la pretendida venta de los datos personales que una **Empresa de telecomunicaciones**⁶ conservaba de sus usuarios, y que habían sido obtenidos por la previa suscripción de un contrato de servicios preestablecido por dicha Empresa.

LA LEY ESPAÑOLA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

4. Como se sabe la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación transpone la Directiva Europea 93/13, a pesar de que, para el caso de España, la Ley 26/84, de 19 de julio para la defensa de los consumidores y usuarios, había regulado el tema de las cláusulas abusivas y las condiciones o estipulaciones de carácter general de la contratación (art. 10, 1, 3º y 2⁷, respectivamente). La nueva Ley supone un tratamiento más amplio y exclusivo sobre estos temas y modifica, en parte, la Ley de protección de consumidores y usuarios.

131

Respecto de los contenidos de dichas normas cabe precisar que el fenómeno de la contratación en masa es, como ya hemos anotado,

⁶ Por respeto al derecho al buen nombre, prescindiremos de anotar aquí la razón social de la compañía de servicios telefónicos que protagonizó esta situación jurídica en España. En consecuencia, y para comodidad del lector y nuestra, en adelante nos referiremos a ella simplemente como La Empresa.

⁷ Dada la considerable extensión del mencionado artículo omitiremos su transcripción. No obstante lo anterior, debemos anotar que tal disposición establece, a través de sus cinco numerales, el régimen respectivo a las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general que se "apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios". Señala los requisitos que deben cumplir tales condiciones generales y hace una enumeración de los eventos en que se puede conculcar el principio de la buena fe (num. 1). Establece una noción de condiciones o estipulaciones de carácter general (num.2). Hace una especial referencia a los requisitos que han de cumplir las cláusulas, condiciones o estipulaciones con carácter general que utilicen en sus contratos las Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos (num.3). Establece la sanción de nulidad para las condiciones que no cumplan con los requisitos señalados por tal Ley (num.4). Finalmente, hace una referencia genérica acerca de la responsabilidad de los poderes públicos respecto del control de los bienes y productos (num.5).

un asunto de gran relevancia para el derecho contemporáneo en cuanto supone la crisis del esquema codificado⁸. Pero, al interior de dicho fenómeno, es preciso distinguir entre contratos de adhesión, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Si bien éstas últimas se distinguen claramente de los otros dos conceptos, la doctrina no establece una distinción unánime entre contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación, aunque, al parecer, estas diferencias teóricas han sido superadas por la nueva ley sobre condiciones generales.

132 En efecto, “la expresión ‘contrato de adhesión’ fue acuñada por SALEILLES, a principios del presente siglo, y se ha generalizado en la doctrina. Se designan con ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial, que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas”⁹.

Por su parte, las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general eran entendidas por la Ley 26/84 como “el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate” (art.10, num.2).

Como se puede observar, siguiendo el derrotero trazado por estas definiciones, no existe un criterio claro para discernir cuando se trata de un contrato de adhesión o de otro con condiciones generales. Para Díez Picazo y Gullón la distinción estriba en el conocimiento previo que de las estipulaciones tenga el adherente. Si la llamada *parte débil*

⁸ Sobre este tema puede verse LASARTE (1996): ob. cit. p.341.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (1995): Sistema de derecho civil. Tecnos, Volúmen II, 7ªed., Madrid, p.77.

conoce todas las cláusulas en el momento de prestar su consentimiento, el contrato será de adhesión pero si, por el contrario, aquéllas quedan fuera del contrato pero el contratante parece adherirse a ellas, el contrato será de condiciones generales¹⁰.

Estas distinciones, sin embargo, parecen estar superadas tanto por la nueva ley como por la doctrina. En efecto, según el artículo 1 de la Ley 7/1998, “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Y, más adelante, identificando uno y otro concepto, el mismo artículo agrega que dicha ley será aplicada si la apreciación global del contrato lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

También en el sentido de equiparar cláusulas generales y contratos de adhesión, se pronuncia Lasarte cuando afirma que “condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión son sustancialmente dos caras de la misma moneda, pese a que algunos autores plantean el tema de diversa manera (afirmando que el juego propio de las condiciones generales de la contratación queda reservado a aquéllos casos en que las mismas no se ponen en conocimiento del cliente o del consumidor. (...) Por tanto, cabe utilizar indistintamente ambas expresiones”¹¹.

En definitiva, de acuerdo con la actual ley, se puede caracterizar a las condiciones generales, como aquéllas cláusulas o estipulaciones que cumplen con los requisitos de ser:

- a) preelaboradas e impuestas por una de las partes,
- b) redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, y
- c) ajustadas a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ LASARTE (1996): ob. cit. p.342.

Ahora bien, en cuanto al concepto de cláusulas abusivas las diferencias entre la Ley 26/84 y la Ley 7/98 no son sustanciales. Es relevante sí que la nueva ley agrega un principio hermenéutico según el cual “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.” (Disposición adicional primera, numeral tres).

Pero con seguridad la nota más característica de la actual Ley es la lista, a título enunciativo, de veintinueve supuestos que la Ley considera como cláusulas típicamente abusivas, las que, de conformidad con la disposición adicional señalada, “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”.

LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y LA LORTAD

134 5. Una vez reseñados los aspectos más importantes de la nueva Ley sobre condiciones generales pasaremos a presentar, también en forma breve, los aspectos relacionados con la protección del derecho a la intimidad frente al tratamiento automatizado de datos personales.

Tal como se anotaba líneas arriba la eclosión de la tecnología informática ha generado una multiplicidad de ámbitos objeto de regulación. Su alcance se extiende desde campos tan disímiles como la propiedad intelectual sobre el *software* y el *hardware* hasta los delitos informáticos¹². Uno de los aspectos que, en nuestro planteamiento, tiene más trascendencia jurídica es el de la protección de los derechos de la personalidad frente al *fenómeno informático*.

Cuatro han sido los derechos de la personalidad que tradicionalmente se han vinculado más estrechamente con la informática: el honor, la propia imagen, el derecho a la información y la intimidad.

¹² Una interesante síntesis de los diferentes ámbitos del derecho informático puede verse en: DÁVARA RODRÍGUEZ (1993): *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona.

La creación, uso y explotación económica de bases de datos acerca de las personas físicas o jurídicas constituyen acciones potencialmente violatorias de tales derechos. Si bien doctrinal y jurisprudencialmente no se presentan mayores dificultades para reconocer los binomios de interrelación entre los tres primeros y la informática, no ocurre lo mismo con el derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad es, en nuestra opinión, un derecho fundamental de *primera generación* vinculado a otros tales como la libertad o la propiedad, pero cuyo reconocimiento normativo no se da sino hacia mediados de este siglo con la promulgación del art.12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Su objeto, aunque de difícil y controvertida conceptualización¹³, se ha entendido, al menos, en dos sentidos. De una parte, se admite que el derecho a la intimidad tiene un contenido clásico de protección, que en términos de Albadalejo puede concretarse en el “poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicación que no desee el interesado”¹⁴. Pero de otra, se sostiene que el derecho a la intimidad actualmente abarca otros supuestos de protección. Al respecto Pérez Luño sostiene que “en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (*status* negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (*status* positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto”¹⁵.

135

Entendido bien como derecho a la intimidad propiamente dicho, bien como derecho a la autodeterminación informativa, es necesario

¹³ En relación con el raigambre del derecho a la intimidad como derecho de *primera generación*, pero que se ha redimensionado incluyendo supuestos de un derecho propio de la llamada *tercera generación de derechos humanos*, tal como de las diversas conceptualizaciones del mismo, puede verse nuestro artículo *Estado de la cuestión sobre el derecho a la intimidad* en: *Dikaion*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, n° 3, Santafé de Bogotá, 1995.

¹⁴ Citado por CREVILLÉN SÁNCHEZ (1995): *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, p. 76.

¹⁵ PÉREZ LUÑO (1991): *Ob. cit.*, p.330.

resaltar que lo verdaderamente relevante es la protección del sujeto de derecho frente a la posibilidad de que, tanto en su órbita de actuación privada como en la pública, se vea limitado por la incidencia de informaciones automatizadas.

Si bien para algunos no puede invocarse el derecho a la intimidad en algunos supuestos de tratamiento automatizado, dada la naturaleza de los datos que se procesan, para otros¹⁶ la potencialidad de la informática de crear *perfiles virtuales* de las personas, más allá de si los datos son privados o públicos, incide directamente en una faceta de naturaleza puramente íntima como es la propia autodeterminación personal.

136 En España la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), zanja la discusión sobre el tema distinguiendo, en el numeral primero de la exposición de motivos, entre privacidad e intimidad: “Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona (...) la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”. Y agrega que si bien la intimidad se encuentra suficientemente protegida por las previsiones del artículo 18 y por las leyes que lo desarrollan, “la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo”.

Entonces, tomando como punto de partida la potencialidad de la informática para conculcar tales derechos y, en forma particular, el derecho a la intimidad, la LORTAD establece siete títulos dedicados

¹⁶ Consideramos que este es el sentido en que se pronunció, en doctrina jurisprudencial actualmente derogada, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia de Revisión de Tutela T-414 de junio 16 de 1.992, M.P.Ciro Angarita Barón.

a las disposiciones generales, a los principios de protección de datos, a los derechos de las personas, a la regulación de los diversos ficheros sectoriales, al movimiento internacional de datos, a la creación de la Agencia de Protección y, finalmente, al régimen de infracciones y sanciones.

Tales títulos, según la exposición de motivos de la misma ley, se estructuran en una parte general y en otra especial. “La primera atiende a recoger los principios en los que ha cristalizado una *opinio iuris*, generada a lo largo de dos décadas, y define derechos y garantías encaminados a asegurar la observancia de tales principios generales. Alimentan esta parte general, pues, preceptos delimitadores del ámbito de aplicación de la Ley, principios reguladores de la recogida, registro y uso de datos personales y, sobre todo, garantías de la persona”.

La parte especial establece el régimen para cada uno de los diferentes ficheros, de acuerdo a su naturaleza pública o privada, regula los aspectos relacionados con la transmisión internacional de datos, crea la Agencia de Protección de Datos, como un “Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.” (art.34) y, finalmente, atribuye a la Administración la potestad sancionadora que se configura de distinta forma según se trate de ficheros públicos o privados.

137

Los contratos de servicios telefónicos y la venta de datos de los abonados.

Establecidas, a grandes rasgos, las coordinadas normativas dentro de las que se desenvolverá nuestro análisis, se presenta a continuación un caso de la actualidad española en el que, de alguna forma, se entrelazan el tema de las condiciones generales de la contratación y la protección de la intimidad.

6. Postulados fácticos. A finales del mes de diciembre de 1997, **La Empresa** envía una circular a sus usuarios con el siguiente texto:

“En cumplimiento de la Ley Orgánica de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, le comunicamos que Vd. tiene derecho a acceder, rectificar o cancelar los datos relativos a su contratación con **La Empresa**. Asimismo, le informamos que dichos datos podrán ser entregados a las empresas filiales y participadas actuales del Grupo (...)”¹⁷ para su cesión a terceros con fines de publicidad y *marketing* directo a partir del 01-1-1998, salvo sus instrucciones expresas en contrario”¹⁸.

En los días sucesivos a la fecha de tal circular, algunos usuarios se comunican con **La Empresa** para expresar su disenso en relación con la venta de sus datos personales, ante lo cual funcionarios de la mencionada compañía llegan a decir “a algunos comunicantes que su rechazo implicaba borrarse de la guía telefónica”¹⁹.

138 Posteriormente, **La Empresa** emite, a través de los medios de comunicación, una nueva información para sus usuarios en la que amplía el plazo dos meses más (esto es, hasta el 1 de marzo) para que los abonados al servicio telefónico desautoricen la venta de sus datos. También niega, en el mismo comunicado, cualquier venta de los datos de sus usuarios y anota que, en cumplimiento de la LORTAD, se consideró oportuno requerir de los clientes un permiso específico para la posible explotación comercial de sus datos²⁰.

Sucesivamente la Agencia Española de Protección de Datos inicia un procedimiento sancionador contra la citada compañía, a partir del cual anuncia su decisión provisional de prohibir a **La Empresa** la cesión de datos personales de sus clientes²¹.

Finalmente, algunos medios de comunicación ponen en conocimiento el contenido de los folletos que distribuía **XX**²², compañía

¹⁷ Por igual razón a la que apuntábamos en la nota número cinco, omitiremos señalar el nombre del grupo a que hace referencia la circular y al cual pertenece la Empresa en cuestión.

¹⁸ EL PAÍS, martes 23 de diciembre de 1997, p.34.

¹⁹ EL PAÍS, miércoles 24 de diciembre de 1997, p.26.

²⁰ EL PAÍS, viernes 26 de diciembre de 1997, p.23.

²¹ EL PAÍS, sábado 27 de diciembre de 1997, p.10.

²² Valga igual comentario que en las citas 5 y 17.

filial de **La Empresa**, y en cuyo contenido se lee: “Figuran en nuestra base de datos los 11 millones de hogares con teléfono. Sus clientes potenciales están allí. Sabemos quitar a los que no son, dejando sólo aquellos que le interesan. Al cruzar y enriquecer nuestra base de datos con otras fuentes públicas de información estadística, podemos confeccionar listas microsegmentadas de sus clientes potenciales²³” y en la publicidad que **La Empresa** inserta en Internet resalta: “YY [el servicio informático de datos] le sirve en bandeja los clientes potenciales que más le interesan, al corresponder a las características que usted define; desde la localización geográfica y el sexo hasta el poder de compra, el nivel de formación y otros aspectos claves”²⁴.

7. Problemas jurídicos y alternativas de solución. Dados los anteriores supuestos de hecho y atendiendo también a las normas que hemos citado precedentemente, consideramos que es posible hacer los siguientes planteamientos jurídicos.

En primer lugar, *en cuanto al derecho a la intimidad*, cabría preguntarse: ¿es válido, por tanto, no violatorio de la LORTAD y del derecho a la intimidad, el procedimiento seguido por **La Empresa** para obtener el disentimiento de sus abonados en relación con la venta de los datos personales que figuran en sus archivos, recopilados como consecuencia del contrato de servicios telefónicos suscrito con dicha compañía?

139

Para responder a esta pregunta se tiene que partir de los siguientes supuestos:

- a) La única alusión que hace la LORTAD sobre los ficheros de empresas dedicadas a prestar el servicio de telecomunicación es la del art.26, en el que se establece que los datos correspondientes a los números de los teléfonos y otros datos complementarios, podrán aparecer en los “repertorios de abonados de acceso al público, pero el afectado podrá exigir su exclusión”. En otros aspectos tales ficheros habrán de ceñirse a las disposiciones comunes que la LORTAD establece.

²³ EL PAÍS, domingo 28 de diciembre de 1997, p.22.

²⁴ *Ibidem*.

- 140
- b) Si bien uno de los argumentos que usó **La Empresa** es el de la naturaleza pública de tales datos, y también es cierto que de conformidad con el artículo 7 de la LORTAD, los datos que reposan en el fichero de tal compañía, no son especialmente protegidos, es necesario tener presente que según el art. 26 de la estudiada Ley, el usuario es quien, en definitiva, puede otorgar el consentimiento para la publicación y sistematización de tales datos.
- c) De conformidad con el artículo 11 de la LORTAD, la cesión de datos de carácter personal sólo podrá efectuarse “para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado” (num.1), pero además agrega que “será nulo el consentimiento cuando no recaiga sobre un cesionario determinado o determinable, o si no constase con claridad la finalidad de cesión que se consiente” (num.3). Así las cosas, se hace patente que, dados los términos en que es redactada la circular de **La Empresa**, la cesión de tales datos no necesariamente tiene relación con los fines propios de sus funciones legítimas y tampoco consta con claridad la finalidad de la cesión, tan sólo se advierte el ánimo de comercialización y lucro. Igualmente, el cesionario no se encuentra determinado ni es determinable.
- d) El consentimiento exigido para la cesión debe ser previo. Se concluye que, aún si se obviarán los inconvenientes de la circular señalados líneas arriba, el consentimiento del usuario debería obtenerse antes de hacer efectiva la cesión. En este caso, si bien es cierto que la circular concedía un lapso de tiempo para que el usuario se negara a la venta de sus datos, también lo es que **La Empresa** presume el consentimiento por parte del usuario y lo que pretende con la circular no es el asentimiento para la cesión sino justamente su negativa. Tal procedimiento, claramente irregular, debe ser tenido como inconstitucional, atendiendo al numeral 1 del art. 10 de la Constitución Española²⁵, en la medida que directamente puede vulnerar derechos fundamentales.

²⁵ El texto del numeral 1 del artículo 10 de la Constitución Española es el siguiente: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

- e) Además, cabe anotar que los datos que reposan en el fichero de **La Empresa** fueron recogidos con un fin distinto al de su comercialización (como es la identificación del abonado en las guías telefónicas) y que, posteriormente, ésta compañía aprovechando su fuerte posición frente al usuario, pretende usar en exclusivo beneficio propio.

En consecuencia, teniendo en cuenta que **La Empresa** presume el consentimiento requerido para la cesión de datos por parte del usuario, que el procedimiento seguido es abiertamente irregular e impide el conocimiento cierto acerca del consentimiento del abonado y, en tanto se arriesgan los principios que la LORTAD pretende proteger, tal circular atenta contra el derecho a la intimidad.

En segundo lugar, *en relación con las condiciones generales*, es posible plantearse: ¿puede considerarse como abusiva la circular expedida por **La Empresa** a sus usuarios, en el sentido de exigir su negativa para la venta de los datos personales, recogidos por tal compañía en virtud de un contrato de servicios telefónicos? A tal pregunta cabe responder:

141

- a) El contrato celebrado entre **La Empresa** y sus usuarios puede caracterizarse como un contrato de servicios, de ejecución sucesiva y condiciones generales. El objeto de tal contrato es el cumplimiento, por parte de **la Empresa**, de una serie de prestaciones repetidas y sucesivas en el tiempo. El propósito es brindar el servicio telefónico a los usuarios que se adhieren a las condiciones generales que para tal efecto se han dispuesto en el Reglamento de Servicio de 9 de julio de 1982.
- b) En relación con tal servicio, **La Empresa** también acomete la tarea de elaborar guías telefónicas con los datos brindados por sus usuarios y bajo la exclusiva responsabilidad de éstos, (numeral 8 de las Cláusulas Generales que constituyen el señalado contrato de servicios). Entonces la recogida de datos, en virtud de los contratos celebrados con **La Empresa**, responde a la única finalidad de la elaboración de las guías telefónicas. De ahí que la autoriza-

ción de venta o cesión de los datos que **La Empresa** pretendía obtener de sus abonados, en virtud de este contrato de servicios, constituye una relación jurídica distinta al contrato inicial, salvo que, en el texto del mismo se dispusiera una cláusula de autorización a la Empresa para ceder estos datos a terceras personas previamente determinadas o determinables.

c) En consecuencia, la relación jurídica existente entre **La Empresa** y sus usuarios, aunque de ejecución sucesiva, no faculta a la primera para imponer a sus abonados una nueva cláusula, según la cual éstos autorizan la cesión de sus datos personales en virtud del contrato preexistente. Consideramos, entonces, que la circular expedida por **La Empresa** constituye una especie de cláusula abusiva en cuanto no es una estipulación negociada individualmente (salvo que el propio usuario manifieste expresamente su disentiimiento) y causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato (parágrafo 1, numeral 1 del artículo 10 bis, Ley de condiciones generales de la contratación)²⁶.

142

d) Igualmente, si se atiende a la naturaleza de los servicios objeto del contrato y a los circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (parágrafo 4, numeral 1, artículo 10 bis, Ley de condiciones generales de la contratación)²⁷ se verifica que el contenido de tal circular es ajeno al contrato de servicios celebrado entre las partes. Además en el momento de su celebración del contrato ninguna estipulación, cláusula o condición general informaba al usuario de la posibilidad de comercializar los datos obtenidos en virtud del mismo.

²⁶ El texto del párrafo señalado es: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que relacionan en la disposición adicional de la presente Ley."

²⁷ El párrafo 4 dispone: "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste depende".

- e) En esta misma perspectiva, la declaración de adhesión del usuario “a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”, también constituiría, según el numeral 21 de la disposición adicional primera, el caso típico de una cláusula abusiva.

En definitiva, considerando que la circular enviada por **La Empresa** contiene una estipulación ajena al objeto del contrato celebrado por las partes, que la adhesión a la misma se presume, salvo manifestación en contra, que tal condición no es conocida en forma real antes de la celebración del contrato y que la misma genera un desequilibrio grave en los derechos del usuario, es inevitable concluir que nos encontramos en presencia de una estipulación contractual abusiva, en cuyo evento tal cláusula es nula de pleno derecho y ha de tenerse por no puesta, atendiendo al numeral 2 del artículo 10 bis²⁸ de la Ley de condiciones generales de la contratación.

²⁸ Esta norma, entre otras cosas, dispone: “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil...”