N/REF: 004597/2019

El artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales regula el denominado “derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes” con el siguiente contenido:

“Los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible.

Los prestadores podrán conservar, sin difundirla a través de Internet, copia de los contenidos cuando dicha conservación sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal.”

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) que goza de efecto directo conforme al artículo 288 TFUE y es de plena aplicación desde el pasado 25 de mayo de 2018, ha introducido el derecho a la portabilidad de los datos personales en su artículo 20, disponiendo lo siguiente:

“1.El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando:

a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y

b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

2.Al ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de acuerdo con el apartado 1, el interesado tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.

3.El ejercicio del derecho mencionado en el apartado 1 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del artículo 17. Tal derecho no se aplicará al tratamiento que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

4.El derecho mencionado en el apartado 1 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros".

Respecto a esta regulación, y desde el punto de vista de las competencias de la AEPD, hay que destacar:

1.- El artículo 95 de la LOPDPGDD se refiere a "contenidos" y no propiamente a "datos personales" cuyo régimen jurídico se contiene en el artículo 20 del RGPD. Esta diferenciación, que no es exclusiva del citado precepto ya que se contiene en otros artículos del Título X, responde a la voluntad del legislador de diferenciar claramente los que son datos personales, cuyo régimen jurídico viene determinado directamente de la normativa comunitaria y que no puede ser objeto de excepciones ni ampliaciones más allá de los supuestos que la misma permite, de los contenidos digitales respecto a los que sí puede legislar cada Estado miembro.

Así ocurre igualmente al regular el testamento digital en el artículo 96 LOPDPGDD y que se diferencia del tratamiento de los datos personales de las personas fallecidas regulados en el artículo 3 de la misma; del derecho de rectificación en Internet del artículo 85 de la Ley que es independiente del derecho de rectificación de los datos personales inexactos regulado en el artículo 16 del RGPD; y del derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral regulado en su artículo 87, y que diferencia de otros derechos en el ámbito laboral en los que sí se ven afectados datos personales como el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo del artículo 89, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral del artículo 90 o los derechos digitales en la negociación colectiva a los que se refiere el artículo 91.

Y consecuentemente, el artículo 2.1. de la LOPDPGDD, relativo al ámbito de aplicación de los Títulos I a IX y de los artículos 89 a 94, señala que

“lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplicará a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.”

Por lo tanto, el legislador ha reconocido expresamente que el resto de los artículos del Título X, entre los que se encuentra el artículo 95 relativo a la portabilidad de contenidos (así como los ya citados artículos 85,87 y 96) no se corresponden con tratamientos de datos personales.

2.- Al no referirse a “datos personales” su tutela no entraría dentro de las competencias de la AEPD, tal y como resulta del artículo 2 citado, al ser aplicable solo a los tratamientos de datos regulados en los artículos 89 a 94.

3.- No obstante, el principal problema que se derivaría de la aplicación del citado precepto, desde el punto de vista de las competencias de la AEPD, derivaría de la dificultad de deslindar cuándo nos encontramos ante “contenidos digitales” o y cuándo ante “datos personales”.

En cuanto a los “contenidos digitales” no existe un concepto normativo de los mismos, si bien podríamos partir de la definición contenida en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (redacción final de 9 de diciembre de 2015):

«contenido digital»:

a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software,

b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor, y

c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio,

Por otro lado, si atendemos al contenido del “Informe Anual del Sector de los Contenidos Digitales en España 2017” elaborado por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información de la Entidad Pública Empresarial Red.es dependiente del entonces Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, se recogen los siguientes sectores:

- Videojuegos.
- Música.
- Cine y Vídeo.
- Audiovisual.
- Publicaciones.

- Publicidad Digital.
- Otros sectores de contenidos digitales:
  - Deportes electrónicos.
  - Redes sociales.
  - Realidad virtual.

Por otro lado, conforme al artículo 4 del RGPD, son datos personales "toda información sobre una persona física identificada o identificable", entendiéndose por 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".

Dada la amplitud de dichos términos, en muchas ocasiones será difícil deslindar si nos encontramos sólo ante contenidos digitales (tales como películas, música, publicaciones o videojuegos) o si resultan igualmente afectados datos personales que legitimen la intervención de la AEPD en los términos que se exponen a continuación.

Pero en todo caso, la intervención de la AEPD únicamente vendría legitimada si fuera necesario tutelar la portabilidad de datos personales en los términos recogidos en el RGPD y nunca por aplicación del artículo 94 de la LOPDPGDD, cuya tutela corresponderá a los órganos con competencias en materia de contendidos digitales. Singularmente a la Secretaría de Estado para el Avance Digital en virtud de las competencias que, en materia de fomento, regulación y conocimiento del sector de las telecomunicaciones, de los servicios audiovisuales y de la Sociedad de la Información, le atribuye el artículo 8 del Real Decreto 1046/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Empresa, incluidas las correspondientes al ejercicio de las facultades de control, inspección y sanción en materia de telecomunicaciones, servicios audiovisuales y sociedad de la información.

La ampliación del ámbito competencial de la AEPD podría afectar a la eficacia en su actuación y a su necesaria independencia, en contra de lo

previsto en el RGPD e iría igualmente en contra de la finalidad uniformadora del mismo.