

Expediente N°: TD/00195/2019

1033-250719

RESOLUCIÓN N°: R/00552/2019

Visto el recurso de reposición dictado por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos por el que se impugna la Resolución de esta Agencia con número de referencia E/07768/2018 de fecha 6 de junio de 2019 que acuerda la no admisión a trámite de la reclamación presentada por a D. **A.A.A.**, frente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., por no haber sido facilitado la totalidad de la información..

Realizadas las actuaciones procedimentales previstas en el Título VIII 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), se han constatado los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 12 de septiembre de 2018, D. **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) presentó reclamación frente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. con NIF **A82018474** (en adelante, el reclamado) relativo al ejercicio del derecho de portabilidad de los datos.

De conformidad con las funciones previstas en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), particularmente las que responden a los principios de transparencia y responsabilidad proactiva por parte del responsable del tratamiento, se le requirió a que informase a esta Agencia de las acciones que se han llevado a cabo para atender la reclamación planteada y tras analizar la documentación que obraba en el expediente, el 11 de diciembre de 2018, se dictó resolución por la directora de la AEPD, acordando la no admisión a trámite de la reclamación.

SEGUNDO: En fecha 21 de diciembre de 2018, la parte reclamante interpone un recurso potestativo de reposición contra la resolución recaída en el expediente E/07768/2018, en el que muestra su disconformidad con la resolución impugnada, argumentando que la reclamada no le ha facilitado la totalidad de la información que almacena. Alega que la política de privacidad que incluye en la página web de movistar, incluye otras categorías de datos que no se le han facilitado, en concreto:

- Datos de Productos o Servicios Movistar.
- Datos de consumos en Movistar+.
- Datos de tráfico.
- Datos de visitas web.
- Datos de localización.

TERCERO: Con fecha 10 de junio de 2019, ésta Agencia a través del Soporte del Servicio de Notificaciones Electrónicas y Dirección Habilitada (plataforma Notific@), puso a disposición del responsable del tratamiento la reclamación presentada por la parte reclamante y con esa misma fecha el responsable del tratamiento acepta la Notificación Electrónica, para que en el plazo de quince días se remita a esta Agencia las alegaciones que consideren convenientes, por lo que se realizaron, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- ✓ El representante de reclamado manifiesta en las alegaciones formuladas durante la tramitación del presente procedimiento que, se afirman y ratifican en el contenido de las alegaciones efectuadas el 7/12/2018, por el cual se daba contestación al derecho de portabilidad solicitado sobre la línea *****TELEFONO.1.**

En relación con que no se ha facilitado la totalidad de la información, tal y como son los datos de productos, consumos, tráfico, datos de visitas web... Indicar que, tal y como consta en el apartado 3.b de la Política de Privacidad, existen datos derivados de la prestación del servicio o producto contratado, así como datos generados o estimados por Movistar, y otros no obtenidos del interesado que provienen de fuentes externas. Que se cumple con toda la normativa aplicable en lo que al tratamiento de dichos datos se refiere y puede consultar toda la información relativa a los mismos en la mencionada Política de Privacidad, si bien los únicos que se encuentran en esa categoría de datos obtenidos del cliente, son los incluidos en el alcance de su derecho de portabilidad.

Los datos que han sido aportados a la parte reclamante con anterioridad son los que establece el art 20 del RGPD, ejercer el derecho de portabilidad permite a las personas obtener los datos que han proporcionado a un responsable del tratamiento en un formato estructurado, de uso común y de lectura mecánica.

Por lo tanto, el objetivo de este derecho es, según el Reglamento, *'facultar a los interesados para trasladar, copiar o transmitir datos personales de un entorno informático a otro'*, y los datos deben ser los datos personales del interesado que haya facilitado al responsable en observación de la actividad. No obstante, se remite de nuevo a la parte reclamante la información ya aportada.

- ✓ La parte reclamante señala que, no se han facilitado la totalidad de la información personal que almacena.

Según el apartado 3.b.1. de la Política de Privacidad de Movistar, existen datos derivados de la prestación del servicio o producto contratado: datos de productos o Servicios Movistar, datos de consumos, (televisión y otros dispositivos), datos de tráfico, datos de visitas web y datos de localización.

Dichos datos personales han sido obtenidos con el consentimiento del interesado y su tratamiento es necesario para la ejecución del contrato. Por lo tanto, deben ser incluidos en el alcance de su derecho a la portabilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 56 en relación con el apartado 1 f) del artículo 57, ambos del 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 (en lo sucesivo, RGPD); y en el artículo 47 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).

SEGUNDO: El artículo 64.1 de la LOPDGDD, dispone lo siguiente:

“1. Cuando el procedimiento se refiera exclusivamente a la falta de atención de una solicitud de ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, se iniciará por acuerdo de admisión a trámite, que se adoptará conforme a lo establecido en el artículo siguiente.

En este caso el plazo para resolver el procedimiento será de seis meses a contar desde la fecha en que hubiera sido notificado al reclamante el acuerdo de admisión a trámite. Transcurrido ese plazo, el interesado podrá considerar estimada su reclamación.”

TERCERO: El artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), dispone que:

“1. El responsable del tratamiento tomará 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 específicamente 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.

2. El responsable del tratamiento facilitará al interesado el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22. En los casos a que se refiere el artículo 11, apartado 2, el responsable no se negará a actuar a petición del interesado con el fin de ejercer sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22, salvo que pueda demostrar que no está en condiciones de identificar al interesado.

3. El responsable del tratamiento facilitará al interesado información relativa a sus actuaciones sobre la base de una solicitud con arreglo a los artículos 15 a 22, y, en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud. Dicho plazo podrá prorrogarse otros dos meses en caso necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes. El responsable informará al interesado de cualquiera de dichas prórrogas en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, indicando los motivos de la dilación. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, la información se facilitará por medios electrónicos cuando sea posible, a menos que el interesado solicite que se facilite de otro modo.

4. Si el responsable del tratamiento no da curso a la solicitud del interesado, le informará sin dilación, y a más tardar transcurrido un mes de la recepción de la solicitud, de las razones de su no actuación y de la posibilidad de presentar una reclamación ante una autoridad de control y de ejercitar acciones judiciales.

5. La información facilitada en virtud de los artículos 13 y 14 así como toda comunicación y cualquier actuación realizada en virtud de los artículos 15 a 22 y 34 serán a título gratuito. Cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, el responsable del tratamiento podrá:

a) cobrar un canon razonable en función de los costes administrativos afrontados para facilitar la información o la comunicación o realizar la actuación solicitada, o

b) negarse a actuar respecto de la solicitud.

El responsable del tratamiento soportará la carga de demostrar el carácter manifiestamente infundado o excesivo de la solicitud.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, cuando el responsable del tratamiento tenga dudas razonables en relación con la identidad de la persona física que cursa la solicitud a que se refieren los artículos 15 a 21, podrá solicitar que se facilite la información adicional necesaria para confirmar la identidad del interesado.

7. La información que deberá facilitarse a los interesados en virtud de los artículos 13 y 14 podrá transmitirse en combinación con iconos normalizados que permitan proporcionar de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presenten en formato electrónico serán legibles mecánicamente.

8. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 92 a fin de especificar la información que se ha de presentar a través de iconos y los procedimientos para proporcionar iconos normalizados.”

CUARTO: El artículo 12 de la LOPDGDD determina lo siguiente:

1. Los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, podrán ejercerse directamente o por medio de representante legal o voluntario.

2. El responsable del tratamiento estará obligado a informar al afectado sobre los medios a su disposición para ejercer los derechos que le corresponden. Los medios deberán ser fácilmente accesibles para el afectado. El ejercicio del derecho no podrá ser denegado por el solo motivo de optar el afectado por otro medio.

3. El encargado podrá tramitar, por cuenta del responsable, las solicitudes de ejercicio formuladas por los afectados de sus derechos si así se estableciere en el contrato o acto jurídico que les vincule.

4. La prueba del cumplimiento del deber de responder a la solicitud de ejercicio de sus derechos formulado por el afectado recaerá sobre el responsable.

5. Cuando las leyes aplicables a determinados tratamientos establezcan un régimen especial que afecte al ejercicio de los derechos previstos en el Capítulo III del Reglamento (UE) 2016/679, se estará a lo dispuesto en aquellas.

6. En cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la presente ley orgánica.

7. Serán gratuitas las actuaciones llevadas a cabo por el responsable del tratamiento para atender las solicitudes de ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12.5 y 15.3 del Reglamento (UE) 2016/679 y en los apartados 3 y 4 del artículo 13 de esta ley orgánica.

QUINTO: El derecho a la portabilidad ha de ejercerse en los términos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD):

El Considerando 68 dispone lo siguiente:

Para reforzar aún más el control sobre sus propios datos, cuando el tratamiento de los datos personales se efectúe por medios automatizados, debe permitirse asimismo que los interesados que hubieran facilitado datos personales que les conciernan a un responsable del tratamiento los reciban en un formato estructurado, de uso común, de lectura mecánica e interoperable, y los transmitan a otro responsable del tratamiento. Debe alentarse a los responsables a crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de datos. Dicho derecho debe aplicarse

cuando el interesado haya facilitado los datos personales dando su consentimiento o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato. No debe aplicarse cuando el tratamiento tiene una base jurídica distinta del consentimiento o el contrato. Por su propia naturaleza, dicho derecho no debe ejercerse en contra de responsables que traten datos personales en el ejercicio de sus funciones públicas. Por lo tanto, no debe aplicarse, cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para cumplir una obligación legal aplicable al responsable o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable. El derecho del interesado a transmitir o recibir datos personales que lo conciernan no debe obligar al responsable a adoptar o mantener sistemas de tratamiento que sean técnicamente compatibles. Cuando un conjunto de datos personales determinado concierna a más de un interesado, el derecho a recibir tales datos se debe entender sin menoscabo de los derechos y libertades de otros interesados de conformidad con el presente Reglamento. Por otra parte, ese derecho no debe menoscabar el derecho del interesado a obtener la supresión de los datos personales y las limitaciones de ese derecho recogidas en el presente Reglamento, y en particular no debe implicar la supresión de los datos personales concernientes al interesado que este haya facilitado para la ejecución de un contrato, en la medida y durante el tiempo en que los datos personales sean necesarios para la ejecución de dicho contrato. El interesado debe tener derecho a que los datos personales se transmitan directamente de un responsable del tratamiento a otro, cuando sea técnicamente posible.

Por su parte, el art. 20 del RGPD referido al “Derecho a la portabilidad de los datos” dispone:

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.

Por otra parte, el art. 17 de la LOPDGDD bajo el epígrafe” Derecho a la portabilidad” establece lo siguiente:

El derecho a la portabilidad se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/679.

SEXTO: En el supuesto aquí analizado, la parte reclamante ejercitó su derecho de portabilidad ante el reclamado y conforme a las normas antes señaladas, su solicitud no obtuvo la respuesta legalmente exigible, al no facilitar la totalidad de la información que almacena.

La parte reclamante señala que, en la política de privacidad se incluye otras categorías de datos que no se le han facilitado, en concreto:

- Datos de Productos o Servicios Movistar.
- Datos de consumos en Movistar+.
- Datos de tráfico.
- Datos de visitas web.
- Datos de localización.

Y el reclamado consideró atendido el ejercicio del derecho de portabilidad mediante la remisión de un correo electrónico en el que adjuntaba en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, algunos de los datos personales facilitados de forma activa, como son el *Nombre y apellidos, el DNI, teléfono, dirección, correo electrónico y datos bancarios.*

Vista la documentación obrante en el procedimiento, cabe señalar que el derecho de portabilidad faculta a la parte reclamante 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 aquellos datos que resultasen del propio “uso” o “desarrollo” del servicio contratado.

Por otro lado, no son objeto del derecho de portabilidad aquéllos datos que puedan ser considerados “*inferidos*” y “*derivados*”, entendidos como los que resulten de la aplicación a la información generada en el desarrollo del servicio de conocimientos o técnicas propias del responsable; es decir, procedentes de la aplicación sobre los datos relacionados con el producto o servicio de técnicas que forman parte del know how del responsable (como pueden ser entre otros, técnicas matemáticas o resultantes de la aplicación de algoritmos).

Por lo tanto, la portabilidad se ha llevado a cabo de forma incompleta, dado que el reclamado no ha facilitado otros datos que también le incumben a la parte reclamante y a este respecto resultan muy clarificadoras las Directrices adoptadas por el Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE relativas al ejercicio del derecho a la portabilidad.

El concepto de “datos facilitados por el afectado” conforme a las Directrices, debe ser interpretado en un sentido amplio, acorde con la finalidad perseguida por el reconocimiento de este derecho y cabría considerar como “facilitados” los datos

efectivamente suministrados por el interesado y aquellos que resultasen del propio “uso” o “desarrollo” del servicio contratado, haciéndose referencia por ejemplo a los datos de tráfico, datos de localización, etc.

En este sentido, se debe facilitar los datos personales que procedan también de la observación de sus actividades tales como los datos de consumo.

Respecto a los datos de tráfico y los datos de localización distintos de los datos de tráfico, debe declararse, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que el reclamante tiene derecho a la portabilidad respecto de sus datos de tráfico que conserve la entidad por ser necesarios a efectos de la facturación y los pagos de las interconexiones hasta que sean cancelados por haber expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio, para la devolución del cargo efectuado por el operador, para el pago de la factura o para que el operador pueda exigir su pago.

También tendrá el reclamante derecho a la portabilidad respecto de los datos de tráfico que se utilicen con su consentimiento con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido y respecto de los datos de localización distintos de los datos de tráfico que no se hayan hecho anónimos por la entidad y se utilicen con consentimiento del interesado para la prestación de servicios de valor añadido, sin que estas previsiones alcancen a la imprecisa pretensión de las “visitas a la web”.

En relación con estos datos es importante señalar que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, en su Capítulo II («Conservación y cesión de datos») establece el plazo de conservación de los mismos, que será, con carácter general, de doce meses desde que la comunicación se hubiera establecido (si bien reglamentariamente se podrá reducir a seis meses o ampliar a dos años, como permite la Directiva 2006/24/CE).

Como se reseña en el artículo 1 de esta ley, esta tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Así, existe una obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, pero esta conservación se realiza únicamente con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales, pudiendo tener acceso a los datos conservados exclusivamente los agentes facultados.

De lo anterior, se deduce que los interesados no tienen derecho a la portabilidad de los datos de tráfico conservados por las operadoras a los efectos previstos en la Ley 25/2007.

En relación con los datos referidos a las visitas web, no se reconoce el derecho a su portabilidad.

Por todo ello, procede estimar la reclamación que originó el presente procedimiento por considerar que el derecho de portabilidad se ha llevado a cabo de forma incompleta.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: ESTIMAR la reclamación formulada por D. **A.A.A.** e instar a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. con NIF **A82018474**, para que, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, remita a la parte reclamante certificación en la que haga constar que ha atendido el derecho de portabilidad en los términos especificados en el cuerpo de esta resolución o se deniegue motivadamente indicando las causas por las que no procede atender su petición. Las actuaciones realizadas como consecuencia de la presente Resolución deberán ser comunicadas a esta Agencia en idéntico plazo. El incumplimiento de esta resolución podría comportar la comisión de la infracción tipificada en el artículo 72.1.m) de la LOPDGDD, que se sancionará, de acuerdo con el art. 58.2 del RGPD.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a D. **A.A.A.** y a **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**.

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.

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