



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**JAIME ALMENAR BELENGUER**, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión número 12/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de marzo de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2007/301), se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD FORMULADA POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LOS DATOS PERSONALES DE DETERMINADOS USUARIOS AMPARADOS POR EL ACUERDO SUSCRITO CON EUSKALTEL, S.A. (EXPEDIENTES MTZ 2006/1141 Y MTZ 2006/1505)**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 9 de noviembre de 2006, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución en el expediente con número de referencia MTZ 2006/1141, formulado por Euskaltel, S.A. (en adelante, "Euskaltel") frente a France Telecom España, S.A. (en lo sucesivo, "Orange"), en el que solicitaba la autorización de transmisión a Euskaltel de los recursos de numeración asignados a Orange que estuvieran siendo utilizados por los usuarios contratados por Euskaltel, quedando subrogada Euskaltel en todos los derechos y obligaciones derivados de dicha asignación.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por virtud de dicha Resolución, esta Comisión acordó lo siguiente:

**PRIMERO.**- *Se desestima la pretensión de Euskaltel relativa a que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorice la transmisión de los recursos de numeración asignados a Orange y utilizados por los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración.*

**SEGUNDO.**- *En relación con los clientes que opten por solicitar la portabilidad a Euskaltel, Orange deberá transmitir los datos relacionados con “los SERVICIOS disponibles por los clientes de Euskaltel” a que se refiere Euskaltel en sus escritos, relativos a los datos de configuración de red privada virtual VPN, a los clientes de Prepago, y a otros servicios configurados por el propio usuario mediante comandos a la red que suministra el servicio, datos que tendrán que estar actualizados para cada cliente en el momento de la cesión de dichos datos.*

**TERCERO.**- *Orange deberá, en consecuencia, garantizar hasta el 31 de enero de 2007, la prestación del servicio a todos aquellos clientes que hubieran contratado el servicio al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración. Asimismo, tal servicio continuará más allá de dicha fecha respecto de aquellos clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel antes de esa fecha, y así le conste fehacientemente a Orange (incluidas aquellas solicitudes remitidas por sistema web), no hayan visto culminado el proceso de la portabilidad. [el subrayado es nuestro]*

*A los efectos de esta resolución, las condiciones económicas de aplicación al acceso serán transitoriamente las establecidas en el Acuerdo Marco de Colaboración, hasta tanto las partes no alcancen un acuerdo definitivo.*

*La garantía del servicio que se acuerda hasta el 31 de enero de 2007 no implica restricciones al ejercicio de campañas comerciales individualizadas o sobre los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración.”*

**Segundo.-** En fecha 21 de diciembre de 2006, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó resolución en el marco del expediente MTZ 2006/1505, por virtud de la cual se señalaron algunas particularidades en relación con el proceso de portabilidad de numeración a Euskaltel de los usuarios contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración suscrito entre ambas compañías para la comercialización del servicio telefónico móvil en fecha 16 de diciembre de 1998 (en adelante, el “AMC”).

**Tercero.-** Con posterioridad, Euskaltel recurrió la Resolución dictada el día 9 de noviembre de 2006, recayendo Resolución en fecha 18 de enero de 2007 (expediente AJ 2006/1522). En virtud de dicha resolución, se extendió hasta la fecha de 31 de marzo de 2007 el ámbito del Resuelve Tercero de la Resolución dictada el día 9 de noviembre pasado, de forma que Orange debía garantizar



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hasta dicha fecha la prestación del servicio telefónico móvil a todos aquellos clientes que hubieran contratado el servicio al amparo del AMC, debiendo continuar asimismo más allá de dicha fecha (31 de marzo del presente año) respecto de aquellos clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel antes de esa fecha, y así le conste fehacientemente a Orange, no hayan visto culminado el proceso de la portabilidad.

**Cuarto.-** En fecha 9 de marzo del presente año, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Orange, en el que realiza las siguientes alegaciones:

- Que, a fecha de presentación de su solicitud, *“un porcentaje significativo de los usuarios no han manifestado su voluntad de cambiar de operador y solicitar la portabilidad a favor de Euskaltel y (...) están poniendo de manifiesto, reiteradamente, su voluntad de continuar utilizando sus servicios”*.
- Que, *“aplicando el mismo razonamiento y criterios que han inspirado las Resoluciones CMT de 9 de noviembre y de 21 de diciembre de 2006, es lícito presumir que aquellos usuarios que desean permanecer en la red de ORANGE, también desean continuar con los servicios de este operador en las mismas condiciones en las que dicho servicio fue contratado (...) y padecer los mínimos perjuicios posibles”*.

Orange manifiesta que actualmente no podría garantizar el mantenimiento del servicio de los clientes que han decidido permanecer en su red en las mismas condiciones que antes de la ruptura del AMC, *“ya que una parte sustancial de los datos de los usuarios comercializados al amparo del AMC obran en poder de Euskaltel, quien se ha negado a facilitarlos a ORANGE (...)”*.

- Orange basa su pretensión en las resoluciones recaídas en los expedientes MTZ 2006/1141 y 2006/1505, en orden a garantizar que el servicio telefónico móvil de los clientes afectados por el conflicto *“se mantenga en las condiciones que fue contratado”*.
- Afirma Orange que *“no parece admisible interpretar que las Resoluciones dictadas establezcan una distinción entre distintas clases de usuarios sin que concurra una razón objetiva, y asumir que la CMT haya declarado que son de peor condición y tengan que recibir distinto trato quienes deciden permanecer con el operador del servicio respecto de los que hayan solicitado la portabilidad (...)”*.
- Señala Orange que es inevitable concluir que los usuarios que a 31 de marzo de 2007 no se hayan portado *“están actuando conforme a los términos del contrato suscrito manifestando una intención evidente de su voluntad de continuar recibiendo el servicio que la red de ORANGE les ha venido prestando hasta ahora”*. Asimismo, destaca que hoy por hoy no es posible prestar el servicio como se ha venido prestando hasta ahora, sin los datos personales y



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bancarios de los usuarios de pospago necesarios para la facturación del servicio. Según Orange, son datos necesarios para asegurar la prestación del servicio y su debida facturación y que se debe evitar una situación en la que *“el operador contratado por ellos [Orange] se encuentre imposibilitado para presentar al cobro sus facturas, con grave riesgo de que éstos acumulen una importante deuda con el operador como resultado de la acumulación de facturas pendientes, además del efecto que sobre la utilización del servicio pudiera tener la engañosa y aparente gratuidad transitoria del mismo”*.

- Orange señala que no existe ningún inconveniente desde el punto de vista de la normativa sobre protección de datos personales para que Euskaltel le ceda los datos, sin necesidad de recabar el consentimiento de los abonados. Por último, afirma que, de otra parte, *“no existe base legal alguna que faculte a Euskaltel a mantener, a partir del 31 de marzo de 2007, los datos personales de unos usuarios a los que no solo no va a prestar ningún servicio sino que han optado por los servicios de un competidor”*.

En virtud de las consideraciones anteriores, Orange solicita a esta Comisión que:

*“(i) imponga a Euskaltel la obligación de facilitar a ORANGE a 31 de marzo de 2007 los datos personales de los usuarios que permanezcan en la red de ORANGE a esa fecha, necesarios para asegurar la prestación del servicio y su debida facturación, así como (ii) una vez entregados dichos datos, inste a Euskaltel a que proceda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Persona y 38.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, a la cancelación de los indicados datos por no resultar necesarios ni pertinentes para la finalidad para la que fueron recabados.”*

**Quinto.-** Por medio de escrito de fecha 16 de marzo del año en curso, se notificó a las partes el inicio del presente procedimiento (con número de referencia RO 2007/301). Asimismo, se le dio traslado a Euskaltel del escrito presentado por Orange y se le confirió un plazo de cinco días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente.

Como se establecía en la comunicación dirigida a los interesados, se ha aplicado al presente procedimiento la tramitación de urgencia del artículo 50 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, “LRJPAC”), por la cual se reducen a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, en atención al plazo (31 de marzo de 2007) que se ha establecido en la Resolución recaída en el expediente AJ 2006/1522 para que los usuarios del servicio telefónico móvil contratados al amparo del



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Acuerdo Marco de Colaboración firmado por Euskaltel y Orange en fecha 16 de diciembre de 1998 opten por solicitar la portabilidad a Euskaltel bajo las condiciones particulares establecidas en las resoluciones dictadas en el seno de los expedientes MTZ 2006/1141 y MTZ 2006/1505.

**Sexto.-** Con fecha 26 de marzo del año en curso ha tenido entrada en el Registro de la Comisión escrito de Euskaltel, en virtud del cual formula alegaciones en el seno del presente expediente. Euskaltel señala, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Que la pretensión real de Orange en el presente expediente *“es forzar a esta Comisión a, indirectamente, pronunciarse sobre una materia de estricto derecho privado, como es la titularidad de los clientes que han contratado con Euskaltel, y cuyo contrato sigue en vigor, (...)”*. Euskaltel alude, en varios apartados de su escrito de alegaciones, a que la cuestión sometida a examen de esta Comisión es un aspecto derivado de la resolución y liquidación del AMC, que expresamente está sometido a arbitraje.
- Que *“la cesión de los datos personales de los usuarios en cuestión en absoluto tiene por qué ser la vía para garantizarles el servicio.”* A este respecto, señala Euskaltel que *“es obvio que también sería garantía del servicio continuar como hasta ahora. (...) Es decir, si el único fin pretendido es la garantía del servicio parece que la solución más fácil es prorrogar la situación actual hasta que dichos usuarios opten expresamente por uno u otro operador”*.
- Euskaltel insiste en que esta Comisión ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la cuestión de la titularidad de los clientes, pretendiendo Orange que esta Comisión revise el contenido de la Resolución de 9 de noviembre de 2006, cuando Orange no interpuso recurso alguno contra la misma. En este sentido, Euskaltel insiste en que el mandato de esta Comisión ha sido que el usuario declare de forma expresa su voluntad de optar o contratar con cualquiera de las partes.
- Que *“no puede mantenerse por tanto, como Orange pretende, que por el hecho de ser el operador de la red sobre la que se presta el servicio al usuario, al no haber manifestado este expresamente su voluntad de portar a Euskaltel, este usuario acepta tácitamente, ser cliente de Orange, aunque esto tampoco lo haya manifestado expresamente”*.
- Que, *“en virtud del Código Civil, de la legislación sectorial y de la de consumo, no es posible contratar con un operador de telecomunicaciones sin el consentimiento expreso del usuario del servicio”*, no existiendo el consentimiento necesario de los clientes para comunicar sus datos personales. Afirma que *“en ningún momento el cliente firmó un contrato con Euskaltel autorizó o autoriza a ésta la entrega de sus datos a terceras empresas como puede ser el caso de Orange”*. Asimismo, entiende Euskaltel que la excepción prevista en el artículo 11.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que regula la protección de datos de carácter personal, no es aplicable al presente supuesto, *“puesto que no existe una relación jurídica libre y legítimamente aceptada entre el usuario y Orange”*.

- Finalmente, Euskaltel propone un procedimiento para garantizar el derecho a la conservación del número de aquellos usuarios que no hayan optado por portarse a su red expresamente a fecha de 31 de marzo del presente año, consistente en que se permita a Euskaltel, de forma similar a como venía haciéndolo al amparo del AMC, a validar las solicitudes de portabilidad desde la red de Orange a la de terceros operadores.

En definitiva, Euskaltel solicita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que dicte la oportuna resolución en la que desestime la solicitud formulada por Orange.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

De conformidad con el artículo 48.2 de la LGTel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados audiovisuales”*.

A continuación, el mismo precepto, en su apartado 3, señala que la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

*“d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en (...).*

*e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.”*

A los anteriores efectos, el artículo 11.4 de la LGTel atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la potestad de *“intervenir en las relaciones*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”.*

Tal y como se señaló en la Resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1141, Orange presta a Euskaltel acceso a su servicio telefónico móvil disponible al público. Como se estableció en aquella resolución, se declaró hasta 31 de enero de 2007, posteriormente extendiéndose a 31 de marzo del presente año, la necesidad de garantizar el acceso al servicio telefónico móvil de Orange. Se establecía en dicha resolución que *“se considera necesario que Orange garantice la prestación mayorista del servicio telefónico móvil para los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración que ejerzan su derecho a la portabilidad a favor de Euskaltel hasta tanto Euskaltel pueda prestar su servicio a través de la red de Vodafone, debiendo establecerse un plazo para la tramitación de la portabilidad de los clientes que deseen seguir vinculados a Euskaltel, toda vez que no puede imponerse a Orange dicha prestación con carácter indefinido”.*

Al objeto de analizar la habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es preciso determinar si existe una relación de acceso o una pretensión de acceso a recursos asociados al servicio telefónico móvil disponible al público, de forma que se trate de recursos o elementos esenciales para el suministro de dicho servicio (Anexo II, apartado 2, de la LGTel, Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, no. 98/C 2656/02). Si bien esta Comisión tiene encomendada la defensa de los intereses de los usuarios (artículo 3 de la LGTel), dicha defensa no constituye *per se* un título competencial autónomo para intervenir. De manera que sólo si la pretensión de Orange se fundamenta en un problema de acceso a redes o servicios, o a sus recursos asociados, podrá la CMT intervenir, tratando de garantizar, entre otros, la defensa de los derechos de los usuarios. Desde esta perspectiva, el *petitum* de Orange, en el sentido de instar la entrega de datos personales y de facturación de los clientes del AMC que no hayan interesado la portabilidad hacia Euskaltel o terceros operadores a fecha de 31 de marzo debe calificarse en principio como una solicitud de acceso a recursos asociados al servicio telefónico móvil, circunstancia que justifica la competencia de esta Comisión para resolver.

### **SEGUNDO.- Sobre las particularidades del presente procedimiento.**



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención al artículo 84.4 de la LRJPAC, se ha prescindido del trámite de audiencia en el presente procedimiento, al no tenerse en cuenta en el procedimiento ni en la resolución hechos o alegaciones distintas que las aducidas por Orange.

A este respecto, Euskaltel formula una pretensión novedosa en su escrito de alegaciones, consistente en que esta Comisión establezca, a partir de la fecha de 31 de marzo de 2007, el procedimiento que venía siguiéndose entre las partes durante la vigencia del AMC, que consistía en que Euskaltel validara las portabilidades desde la red de Orange. Esta pretensión debe inadmitirse, de conformidad con el artículo 117.3 de la LRJPAC, toda vez que entraña en el fondo un recurso frente a la Resolución de 18 de enero de 2007 en el expediente con número de referencia AJ 2006/1522, que resolvía el recurso de reposición formulado por Euskaltel contra la Resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1141, donde fue establecido el procedimiento a seguir en el presente conflicto, no pudiéndose por tanto en este punto entrar a valorar dicha pretensión.

### **TERCERO.- Sobre la solicitud formulada por Orange.**

Orange solicita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que:

*“(i) imponga a Euskaltel la obligación de facilitar a ORANGE a 31 de marzo de 2007 los datos personales de los usuarios que permanezcan en la red de ORANGE a esa fecha, necesarios para asegurar la prestación del servicio y su debida facturación, así como (ii) una vez entregados dichos datos, inste a Euskaltel a que proceda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Persona y 38.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, a la cancelación de los indicados datos por no resultar necesarios ni pertinentes para la finalidad para la que fueron recabados.”*

En relación con tal solicitud, procede realizar las siguientes consideraciones:

- a) En relación con la solicitud formulada en primer término, por la que se insta a esta Comisión que imponga a Euskaltel la obligación de facilitar a Orange los datos personales y bancarios de ciertos usuarios.

Como se señalaba en sede de Antecedentes de hecho, Orange justifica su solicitud en la necesaria protección de los intereses de los usuarios que, según dicha entidad, ha sido el objeto de la intervención de la Comisión en el presente conflicto. Así, según Orange, el objetivo de la intervención de esta Comisión ha sido garantizar que el servicio telefónico móvil de los clientes se mantenga en las condiciones en que fue contratado.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, alega Orange, a fecha 31 de marzo de 2007 existirá un conjunto de usuarios que no habrá solicitado la portabilidad a Euskaltel y no se les puede exigir que tengan que ratificar expresamente su voluntad de permanecer con Orange. En términos literales, Orange manifiesta (página 7):

*“Tampoco parece admisible interpretar que las Resoluciones dictadas exigen a los usuarios que opten por continuar cursando tráfico a través del operador del servicio contratado, es decir, a los usuarios que no desean cambiar de operador, la ratificación expresa de su decisión, y que deban prestar nuevamente su consentimiento para contratar el servicio que ya tienen contratado (el servicio de telefonía móvil de ORANGE, tal como en los modelos de contrato aportados por Euskaltel en el marco del expediente MTZ 2006/1141), toda vez que esta exigencia carecería de fundamento jurídico alguno y supondría presumir la existencia de un vicio en el consentimiento, interpretación que contravendría lo dispuesto en los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil.”*

Según Orange, aquellos usuarios que a 31 de marzo de 2007 continúen cursando tráfico a través de la red de Orange sin haber solicitado la portabilidad a Euskaltel están manifestando su voluntad de continuar recibiendo el servicio que la red de Orange les ha venido prestando. Este consentimiento implícito para continuar en la red de Orange se fundamentaría, a juicio de dicho operador, en varios motivos:

1. En el contrato de telefonía que suscribieron constaba que el servicio lo prestaba Orange.
2. En el display del terminal móvil consta claramente que el operador que presta el servicio es Orange, circunstancia que el usuario no puede tampoco desconocer.
3. La falta de opción expresa por la portabilidad hacia Euskaltel implica naturalmente la voluntad de permanecer en la red de Orange.

En aras a proteger el interés de los usuarios, resulta imprescindible según Orange que Euskaltel le facilite los datos personales y bancarios *“necesarios para mantener la integridad del servicio y, particularmente, para facturarles”*.

Más aun, Orange llama la atención sobre los perjuicios que pueden causarse a los usuarios al no poderles facturar Orange.

Finalmente, para Orange la transferencia de los datos de carácter personal solicitados no atenta contra lo dispuesto en la LOPD, en atención a lo previsto en su artículo 11.2.c).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión no puede aceptar la solicitud de Orange, por los siguientes motivos.

En primer lugar, Euskaltel no tiene obligación de garantizar el acceso a sus redes, servicios o recursos asociados a ningún operador (a diferencia de Orange), puesto que en el análisis del mercado 15 de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil (Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de febrero de 2006) no ha sido calificado como operador con poder significativo de mercado, y consecuentemente, tampoco ha sido obligado a proporcionar acceso a sus redes y servicios (ni recursos asociados) en beneficio de terceros operadores. Sin perjuicio de que si esta Comisión considerase que la conducta de Euskaltel u otros operadores en la misma situación pudiera implicar un menoscabo a la libre competencia, desde un punto de vista prospectivo, pueda ser declarado operador con PSM en el futuro.

Por otro lado, la solicitud de información de Orange no constituye un acceso a los recursos asociados al servicio telefónico móvil. Así, el término acceso viene definido en el Anexo II de la LGTel, en su apartado 2, como:

*“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de red privada virtual.*”

Por su parte, recursos asociados son, según el apartado 24 del mismo Anexo II de la LGTel:

*“aquellos sistemas, dispositivos u otros recursos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio; incluyen los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas.”*

A juicio de la Comisión, los datos que Orange solicita que le sean entregados no son recursos asociados al servicio telefónico móvil prestado a los usuarios afectados sino que se trata de datos personales necesarios para la facturación



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del servicio. Los recursos o información asociados al servicio a los que se obligó a Orange a dar acceso en virtud de la Resolución de 9 de noviembre de 2006 (MTZ 2006/1141) tenían una naturaleza completamente distinta (datos de configuración de red privada virtual, crédito y otra información en relación con los clientes de prepago y configuración del estado de servicios de las tarjetas). Además, eran datos que o los usuarios no conocían por sí mismos o resultaban de difícil obtención, lo cual justificaba la razonabilidad de instar su entrega a Orange. En ningún caso se trataba de datos nominativos que afectasen a la identidad o a la intimidad de las personas, sino de datos íntimamente unidos al servicio móvil, y que definían su configuración, alcance y limitaciones para el usuario.

Sin embargo, la información solicitada por Orange está constituida por datos personales y de facturación, datos que están sometidos a un régimen distinto. No sólo no configuran el servicio telefónico que recibe el usuario, sino que su recogida, tratamiento, acceso por terceros y eliminación se rige por una normativa propia, específica y separada de las normas que regulan el acceso (normativa de protección de datos de carácter personal en materia de telecomunicaciones y la Ley Orgánica de Protección de Datos -LOPD-). Así se establece en el artículo 63 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, "Reglamento de servicios"), al señalar que la protección de los datos personales vinculados a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas se regirá por lo dispuesto en el artículo 38 de la LGTel, por el Título V del Reglamento de servicios y, en lo no previsto por estas normas, por lo dispuesto en la legislación vigente sobre protección de los datos de carácter personal.

Como señala el artículo 64 del Reglamento, son datos de tráfico cualesquiera datos tratados a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de su facturación.

En definitiva, el hecho de que dicha información esté sometida a la normativa citada, al ser datos de carácter personal, y su falta de relación con la configuración del servicio móvil excluye la aplicación de los principios del acceso a redes y servicios de comunicaciones electrónicas. En consecuencia, el acceso a dicha información debe ser resuelto por la instancia judicial o arbitral que corresponda.

Aun así, ha de recordarse que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado anteriormente sobre esta cuestión. Orange ha formulado esta pretensión frente a Euskaltel con anterioridad y esta



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión, en el expediente con número de referencia MTZ 2006/1505, manifestó que:

*“Esta Comisión no puede atender la pretensión de Orange de que se le remitan los datos relativos a los usuarios que no soliciten la portabilidad a Euskaltel con anterioridad al 31 de enero de 2007, toda vez que esta cuestión no es objeto del presente procedimiento. En todo caso, esta Comisión ha dejado a los usuarios la decisión de contratar con uno u otro operador, de manera expresa, momento en el que los mismos pueden suministrar los datos necesarios.*

*Ello se afirma con independencia de otras consecuencias para las partes que pueda tener la aportación o la no aportación de dicha documentación e información, en lo que esta Comisión no puede intervenir.”* [página 12 de la resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1505]

En cualquier caso, aun cuando Euskaltel tuviese obligación de dar el acceso y los datos citados tuvieran la naturaleza de recursos asociados, habría que valorar la razonabilidad del acceso por parte de Orange. Dicha razonabilidad debería enjuiciarse a partir de la decisión sobre si realmente los clientes del AMC que no han optado por Euskaltel han aceptado implícitamente quedarse en la red de Orange, así como a la luz de las limitaciones generales que en materia de protección de datos establece la LOPD antes citada.

En este sentido, los usuarios que a 31 de marzo no hayan solicitado la portabilidad a Euskaltel no han optado expresamente a favor de Orange. Si lo hubieran hecho, hubiera sido el momento para que ellos personalmente diesen sus datos personales y bancarios a Orange. Interpretar que, por no solicitar la portabilidad a Euskaltel según las resoluciones dictadas por la Comisión (y por conocer que el servicio se presta por Orange), dichos clientes están manifestando su voluntad de contratar o mantener su contrato con Orange excede de la competencia de esta Comisión. Antes que un consentimiento implícito, nos encontramos ante un silencio por parte de los usuarios que no han optado, silencio cuyos efectos como modo de prestación del consentimiento no competen, como se ha dicho, a la CMT.

Si se entendiese que los clientes del AMC han prestado su consentimiento tácito a la oferta de Orange no parecería existir duda alguna desde la perspectiva del art. 11.2.c) de la LOPD (que excepciona de obtener el consentimiento del usuario *“cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”*). Asimismo, si pudiéramos en esta instancia concluir sin género de dudas que los clientes del AMC eran clientes minoristas de Orange y que Euskaltel era un mero distribuidor, también podría aceptarse el tratamiento y cesión de tales datos sin consentimiento del interesado en beneficio de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Orange, pero ni la CMT es la competente para resolver estas cuestiones de cesión de datos personales, ni es la instancia adecuada que debe decidir si hay o no consentimiento implícito o de quién sea la titularidad de la cartera de clientes.

En consecuencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe no aceptar la solicitud formulada por Orange.

- b) En relación con la solicitud de que se inste a Euskaltel a que proceda a la cancelación de los datos personales y bancarios de los usuarios.

En lo que atañe a la segunda solicitud formulada, se trata de una pretensión ligada a la anterior, toda vez que Orange insta a que se imponga a Euskaltel a que proceda a la cancelación de los datos personales o a hacerlos anónimos, *“una vez entregados dichos datos”*. En consecuencia, procede no aceptarla en el mismo sentido.

En todo caso, la obligación a que alude Orange debe cumplirse con carácter general. Euskaltel deberá cumplir las obligaciones a que se refiere Orange porque así lo impone la normativa aplicable. Efectivamente, como afirma Orange, el artículo 4.5 de la LOPD señala la obligación de cancelar los datos de carácter personal cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

Su reflejo en la normativa sectorial de telecomunicaciones está, como bien indica Orange, en los artículos 38.3.a) de la LGTel y 65.1 del Reglamento de servicios.

Como tanto Orange como Euskaltel conocen, en virtud de tales preceptos, los abonados a servicios de comunicaciones electrónicas tienen el derecho a que se hagan anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación, estando incluidos los datos de facturación en los datos de tráfico, tal como los define el artículo 64 del Reglamento de servicios. En todo caso, una vez más, no es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el organismo encargado de imponer el cumplimiento de estas obligaciones si ello fuera necesario.

### **CUARTO.- Sobre la debida información a los usuarios restantes de su situación a partir de la fecha de 31 de marzo de 2007.**

Los usuarios deberían saber a día de hoy que corren el riesgo de sufrir un corte en el suministro del servicio telefónico móvil de Orange si no han solicitado la portabilidad a Euskaltel o han regularizado su situación con Orange. Esta Comisión estableció, por resoluciones recaídas en los expedientes con



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

números de referencia MTZ 2006/1141 y AJ 2006/1522 la necesidad de mantener una relación de acceso al servicio telefónico móvil de Orange hasta la fecha de 31 de marzo de 2007. La interrupción próxima de dicha relación de acceso podría generar perjuicios a los usuarios, por un hipotético desconocimiento de las consecuencias de la finalización de la citada relación de acceso, perjuicios que esta Comisión debe procurar evitar, en atención al artículo 3.e) de la LGTel.

En consecuencia, y en la medida que puedan quedar usuarios que no conozcan las vicisitudes de la extinción del AMC entre Orange y Euskaltel, y la terminación de dicho servicio, es conveniente, a modo de recomendación en beneficio de los usuarios, que con carácter previo a la extinción del servicio, Orange informe a los usuarios que aún no hayan manifestado de forma expresa su voluntad de contratar con uno u otro, de la posibilidad de sufrir la interrupción del servicio telefónico móvil disponible al público, a través de un sms o una llamada.

Vistos los citados Antecedentes y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** No aceptar la solicitud formulada por France Telecom España, S.A.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera