

**0061/2023**

Tal y como expone la Memoria presentada del citado Proyecto de Circular, mediante Resolución de fecha 14 de marzo de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) aprobó la Circular 1/2013, relativa al procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de guías, consulta telefónica sobre números de abonado y emergencias, (BOE 25/4/2013) en desarrollo de las competencias previstas en la Ley 32/2003, de 9 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que a su vez derogó la Circular 2/2003, de 26 de septiembre. En la actualidad, está en vigor la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), que en sus artículos 100.2.q) y 72.2 respectivamente, reconoce la competencia de la CNMC para suministrar los datos sobre los números de los abonados, así como la capacidad de fijar el procedimiento de suministro de la información de los abonados mediante Circular.

El art. 72 LGTel establece, en lo que aquí interesa, por un lado la obligación de los operadores de servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración que asignan números de teléfono a partir de un plan de numeración de dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, y por otro la de la CNMC de suministrar gratuitamente los datos que le faciliten los citados operadores a a) entidades que elaboren guías telefónicas de abonados; b) operadores que presten el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado; c) entidades que presten los servicios de llamadas de emergencia de conformidad con el artículo 74; d) agentes facultados para realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 58.2 de la ley, y e) los servicios estadísticos oficiales para la elaboración de encuestas con las garantías específicas que a este respecto establece la ley.

Nos encontramos por tanto con un tratamiento de datos, establecido en una ley, cuya base jurídica puede entenderse que es la comprendida en el art. 6.1.e) RGPD, *el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*. El responsable de estos tratamientos será la propia CNMC.

No resulta de la LGTel cuáles han de ser en concreto los datos de los usuarios o abonados que han de proporcionarse por las operadoras o por la CNMC a las entidades habilitadas para su petición. El art. 68 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, especifica que los datos referentes a los abonados que hubieran ejercido su derecho a no figurar en las guías accesibles al público únicamente se proporcionarán a las entidades titulares del servicio de atención de llamadas de emergencia, pero no existe una mayor especificación de qué datos habrá de cederse por las operadoras, y por la CNMC a las entidades habilitadas, datos estos que, en opinión de esta AEPD, deberían de haberse establecido en la propia ley que establece el tratamiento de los datos personales.

Además, no existe en la MAIN, o no se ha proporcionado, un Análisis de Riegos, y como consecuencia de dicho análisis, una Evaluación de Impacto en Protección de Datos (EIPD) de la que puedan resultar los riesgos y las medidas que puedan mitigar estos para que los tratamientos de datos personales que resultan de la norma, y los datos personales que se requiere que se cedan en cada caso, no supongan una injerencia más allá de lo estrictamente necesario en el derecho fundamental a la protección de datos de que disfrutaban las personas físicas.

Esta Agencia viene recomendando repetidamente en sus informes que el prelegislador, en aquellos casos, como el presente, en que los tratamientos puedan tener como base jurídica el art. 6.1.c) o e) del RGPD (esto es, tratamientos cuya base es una obligación legal o una misión de interés público), y venga establecida por el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento y tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, como es el caso de las operaciones de tratamiento reguladas por el proyecto de Circular que se informa, haga uso de la posibilidad que establece el art. 35.10 RGPD de modo que sea el propio órgano proponente de la disposición general, en el curso del procedimiento de creación de la norma (ley, real decreto, en este caso Circular etc.) quien realice una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica. Dicha EIPD habrá de incorporarse, como permite -casi debería decirse que lo impone, pero en cualquier caso no lo prohíbe- el art. 2.1, letra g), del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Este precepto es, además, suficientemente expresivo de la voluntad del legislador de incluir en la MAIN, dentro del concepto “Otros impactos”, el análisis del “impacto que tendrá para la ciudadanía y para la

Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma”.

*g) Otros impactos: La memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y al impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma*

Esta Agencia recuerda, asimismo, que el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) establece que la política de seguridad del sistema de información deberá examinar y tener en cuenta “los riesgos que se derivan del tratamiento de los datos personales” (art. 12.1.f)), así como que en caso de que los sistemas de información traten datos personales (como sería el caso), en todo caso, prevalecerán las medidas a implantar como consecuencia del análisis de riesgos y, en su caso, de la evaluación de impacto en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el citado real decreto (art. 3.3).

## II

La Memoria, al referirse al apartado Tercero de la Circular, expone que la información concreta se refiere a los “abonados que a su vez sean usuarios finales”, y ello porque, añade, el artículo 66.3 de la LGTel reconoce expresamente los derechos tanto a figurar en guías de abonados y servicios de información telefónica, como a ser informados previamente a su inclusión y a no figurar en los mismos, en favor de los usuarios finales. Puede existir confusión acerca de los datos que pueden ser incluidos en las guías de abonados, al referirse a usuarios finales. Según las definiciones de la LGTel, usuario final es el usuario que no suministra redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, ni tampoco los comercializa. Y usuario es una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. Por tanto, los usuarios finales no tendrían por qué ser necesariamente abonados (persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios), sino que pueden ser usuarios que utilizan el servicio contratado por el abonado.

La cuestión estribaría en la definición de “números de abonado” que a efectos de esta Circular efectúa el apartado Tercero.2 del proyecto, pues los

números asignados por las operadoras son siempre asignados a “abonados” (pues son quienes firman el contrato con la operadora). El concepto de usuario está asociado a la utilización del servicio, que parece ser una cuestión de hecho, mientras que “abonado” presenta un cariz más jurídico, derivado de la firma de un contrato. Tal y como señala la Memoria, el derecho a la protección de datos personales del art. 66.3 LGTel recae en los “usuarios finales”, por lo que se sugiere que la relación entre abonado y usuario final se clarifique en la norma en la medida de lo posible, pues en caso contrario podrían producirse confusiones. Así, por ejemplo, ¿podría ser usuario final quien no es abonado?, o bien, en el apartado Cuarto, punto 2, se menciona a los usuarios finales que hayan prestado su consentimiento, cuanto el consentimiento se presta por la persona que contrata el servicio (abonado) y no por el que lo utiliza (usuario).

### III

En el apartado Cuarto, punto 2, se hace referencia a los abonados que no se opongan a figurar en las guías cuando el abonado no tiene necesidad de oponerse. Si el abonado no presta su consentimiento no puede figurar en las guías.

### IV

En el apartado Sexto, punto 2, debería de añadirse, respecto de las entidades habilitadas, que la revocación del derecho de suministro de los datos de los abonados se producirá no sólo cuando se incumplan las condiciones exigibles, sino igualmente cuando por cualquier causa cesen en su actividad específica, pues ya no se cumpliría la finalidad a la que se ligó el suministro de dichos datos.

### V

La nota al pie nº 6, en el apartado Séptimo, sustituye de la antigua Circular la expresión “fichero” por la expresión “De acuerdo con la normativa sectorial vigente, esta base de datos formará parte del registro de actividades de tratamiento de la CNMC”. A este respecto cabe mencionar que lo que formará parte del Registro de Actividades del Tratamiento y habrán de constar en el mismo conforme al art. 30 RGPD son los distintos tratamientos de datos que se deriven de la existencia de dicha Base de Datos, no la base de datos en sí misma, pues tal y como resulta del texto de la Circular, existe más de un tratamiento de datos personales resultante de la regulación que establece la

Base de Datos SGDA. Por añadidura, la CNMC está integrada entre los organismos citados en el art. 77.2 LOPDGDD, por lo que conforme al art. 31.1 de dicha Ley, deberá hacer público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal.

## VI

En el apartado Octavo, punto 1, en sus cuatro primeros párrafos, se menciona que los operadores deberán de proporcionar al SGDA todos los datos de sus abonados, repitiendo el término “abonados” en cada párrafo, y sin mencionar en ninguno de ellos a los “usuarios finales”, lo que es otra muestra de la posibilidad de confusión ya mencionada anteriormente acerca del objeto de la comunicación de los datos a que se refiere esta Circular.

El párrafo tercero de este apartado Octavo se refiere a la actualización de los datos, que deberá realizarse por el operador obligado en el plazo de un mes desde que tenga conocimiento de la modificación del dato del abonado. El apartado Octavo de la Circular 1/2013, aún vigente reduce ese plazo a 10 días. La Memoria del Proyecto que se ha aportado argumenta a este respecto que:

*Sobre los plazos para actualizar, rectificar o modificar los datos de los abonados, la Circular 1/2013 establecía un plazo de diez días de acuerdo con la LOPD anterior. No obstante, el actual RGPD dispone en su artículo 12.3 que las solicitudes de los interesados relativos a los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del RGPD deben atenderse sin dilación indebida [y en cualquier caso] en un plazo de un mes.*

*En consecuencia, se modifica el plazo previsto en el apartado octavo relativo al procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados, estableciendo que los operadores disponen un plazo máximo de un mes para actualizar en el SGDA los datos de sus abonados desde que tienen conocimiento de la modificación del dato. Dicho plazo también se actualiza en el apartado noveno (“Protección de datos”) y en los Anexos de la Circular*

Esta AEPD considera, sin embargo, que el art. 12.3 RGPD, como establece expresamente, se refiere exclusivamente al plazo que tiene el responsable para “facilitar” al interesado la “información” relativa a la solicitud presentada por esta, pero no a que se dispone de un plazo de un mes para “hacer efectivo” el derecho, tal y como establecía el anterior art. 16.1 LOPD 1999, que, además, en cualquier caso, ha de anteponerse que el art. 12.3 RGPD habla de “sin dilación indebida”. El art. 16 RGPD, al referirse al derecho

de rectificación, y el art. 17 RGPD, al referirse al derecho de supresión (“derecho al olvido”), no mencionan un plazo de un mes para la ejecución de la rectificación o supresión, sino que establecen que la ejecución de la rectificación o supresión habrá de realizarse “sin dilación indebida”. En consecuencia, se sugiere que el plazo previsto en el apartado Octavo, punto 1, párrafo tercero, del proyecto, quede así: (...) *El operador obligado deberá actualizar los datos de sus abonados sin dilación indebida y en todo caso en el plazo máximo de diez días desde que tenga conocimiento de la modificación del dato del abonado.* (...), de modo que no exista un retroceso en los derechos de los interesados respecto de la legislación vigente en la Circular de 2013. Esta modificación se habrá de reflejar también a los distintos Anexos del proyecto actual que hacen en la actualidad referencia a un plazo de un mes para la rectificación de la base de datos de sus abonados (por ejemplo, última frase del párrafo cuarto del apartado Octavo; apartado Noveno, punto 5; Anexo I, párrafo séptimo).

Apartado Octavo, en general, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos. Tal y como resulta del proyecto, que sigue el mismo procedimiento de la Circular 2/2003, el sistema se basa en que se suministra por los operadores a la CNMC la *totalidad* de los datos de sus abonados (o usuarios finales), y la CNMC, mediante conexión de las entidades habilitadas a una Base de datos, traslada a estas la totalidad de la información (de acuerdo con los datos de los Anexos correspondientes). Sin embargo, así como para los servicios de guías telefónicas de abonados es cierto que se utilizarán (tratarán) por la entidad habilitada la totalidad de dichos datos (pues se imprimirán en la guía en papel, o se pondrán a disposición del público en forma electrónica), no ocurre lo mismo para las entidades habilitadas a prestar el servicio de prestación de consulta telefónica sobre números de abonado, o la prestación de servicios de llamadas de emergencia. En estos dos últimos casos no se advierte la necesidad (principio de minimización de datos, ex art. 5.c) RGPD) de que estas entidades dispongan de una *relación completa de los abonados de un operador*, cuando no van a tratar necesariamente la totalidad de dichos datos. Bien al contrario, se consideraría más conforme con los principios de la normativa de protección de datos personales un sistema en el que estas entidades habilitadas pudieran acceder, caso a caso, a la información necesitada sin necesidad de tener que descargarse la totalidad de la relación de abonados de un operador (o de varios, ciertamente), pues dichos servicios podrían prestarse teniendo acceso, puntual y necesario, al dato requerido en cada caso -por ejemplo, nombre o DNI del llamante de una llamada de emergencia asociado a un número de abonado- a la base de datos en sede de la propia Base de datos de la CNMC -SGDA- a la que se han transferido los datos de los operadores) sin necesidad de una descarga completa de todos los datos de los abonados. Esto evitaría, además, para estas entidades habilitadas -no para las que prestan el servicio de guías de abonados- riesgos derivados de la protección de datos personales, al no alojarse esos datos en sus



servidores, sino que se accede caso por caso a lo necesario para cumplir el servicio.

## VII

Apartado Noveno, punto 1. La entidad con la que la CNMC contrate el mantenimiento del SGDA es una encargada del tratamiento, como efectivamente ahí se indica. Se sugiere que se exprese en ese apartado que dicha relación entre la CNMC y el encargado del tratamiento se regirá, conforme requiere el art. 28.2 RGD, por un contrato por escrito con el contenido del art. 28.2 RGD, como por otro lado establece la Disposición Adicional vigesimoquinta de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

En el apartado Noveno, punto 2, se dice los abonados personas físicas deberán ejercitarse sus derechos en materia de protección de datos (por tanto, con carácter obligatorio, “deberán”) ante el contratista/encargado del tratamiento/Administrador del Sistema. No se considera dicho “deber” de los abonados conforme con la regulación de protección de datos. Es “obligación” del responsable del tratamiento (la CNMC) “*responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III*” (vid art. 28.3.e) RGD, sin perjuicio de que en el contrato de encargo se pueda pactar que lo haga el encargado por cuenta del responsable, pero no se puede prohibir presentar las reclamaciones ante el responsable, aunque este pueda canalizarlas al Encargado. En definitiva, la responsabilidad es del responsable del tratamiento.

El apartado Noveno, punto 6, sólo regula la tramitación que han de seguir las solicitudes de retirada del consentimiento, y tendría que incluir este procedimiento para la tramitación de todas las solicitudes de ejercicio de derechos de protección de datos.

En el apartado Noveno, punto 7, se recoge el deber tanto de los operadores como de las entidades habilitadas que prestan servicios de guías telefónicas de abonados o de consulta telefónica sobre números de abonados, de consultar los sistemas de exclusión publicitaria (conocidos como Listas Robinson) a que hace referencia el art. 23 LOPDGDD, para que así, como señala la Memoria, se informe en las guías telefónicas de que los datos de estos abonados no pueden ser utilizados con fines de publicidad o prospección comercial. A este respecto, esta AEPD no se opondría a la necesidad de dicha consulta, por cuanto refuerza el derecho a la protección de datos de los interesados. Sin embargo, conviene poner de manifiesto, o recalcar, algunos aspectos relacionados con lo anterior.

En primer lugar, cabe recordar que la obligación de proporcionar los datos de los abonados por los operadores surge de la propia ley (LGTel), y esta obligación legal, que supone una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de los interesados, no puede suponer una mayor injerencia en ese derecho de los interesados por el hecho de que estos ejerzan el derecho que les reconoce la LGTel de aparecer en las guías de abonados. El art. 5.1.b) RGPD establece que los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y *no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines*. A su vez, el art. 6.3 RGPD establece que la finalidad de los tratamientos, en los casos de las bases jurídicas de los arts. 6.1.c) o 6.1.e), deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. En consecuencia, la finalidad del tratamiento consistente en la recogida de datos por las operadoras y su cesión a la CNMC en base al art. 72 LGTel tiene un fin distinto de la mercadotecnia directa, puesto que se recogen originariamente para ejecutar el correspondiente contrato de servicios de comunicaciones y posteriormente se ceden a la CNMC para el fomento de la competencia en el ejercicio de dichas actividades (art. 72.1 LGTel), así como para cumplir el derecho de los usuarios de, si así lo consienten estos, en figurar en las guías de abonados y a que sus datos sean usados para la prestación de los servicios de información sobre números de abonado, por lo que habrá que determinar conforme al art. 6.4 RGPD la compatibilidad a que se refiere el precepto. Y a tal fin, dicho precepto establece que

*Cuando el tratamiento para otro fin **distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales** no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es **compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales**, tendrá en cuenta, entre otras cosas:*

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



*e) la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización.*

Por otro lado, el art. 5.1.b) y c) RGPD recoge los derechos de los interesados de que sus datos personales sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; [...] («limitación de la finalidad»); y que dichos datos personales han de ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»).

En opinión de esta AEPD, debería de recordarse en la Circular que los tratamientos de datos personales de los interesados que figuran en la Guía telefónica de abonados que resulta del tratamiento de datos establecido en los arts. 72 LGTel quedan excluidos de su utilización para fines de mercadotecnia directa como consecuencia del principio de limitación de la finalidad, si no mediara el consentimiento específico del interesado, por cuanto dicho tratamiento de datos (la cesión de los datos de los abonados a la CNMC, obligatorio por ley para las operadoras) sería incompatible con una finalidad ulterior de mercadotecnia directa sin consentimiento, y ello con independencia de que dichos interesados (los abonados o usuarios finales de los servicios de comunicaciones) hayan decidido, o no, hacer constar su nombre en las Listas Robinson, puesto que el ejercicio de su derecho a “figurar en las guías de abonados” se vería coartado si a su vez, debieran dichos interesados tener en cuenta que, si no quisieran publicidad directa, tendrían a su vez que darse de alta en los sistemas de exclusión publicitaria, lo que significa una injerencia añadida a su derecho a la protección de datos personales. Se trataría por tanto de finalidades incompatibles. Véase el art. 96.3, párrafo segundo, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que establece esta situación respecto de llamadas comerciales.

En ese mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2021, de 11 de marzo (Sala 3ª, Sección 4ª, Rec. 8040/2019) señala que si una Administración, para el ejercicio de las funciones que le son propias, solicita de la AEAT la cesión de datos tributarios, tal cesión habrá de ser para fines tributarios; ahora bien, si es para el ejercicio de otras potestades ajenas a las tributarias y no hay una norma legal que lo prevea, deberá contar con la previa autorización del interesado. De este modo, la cesión queda condicionada a la finalidad para la que se han cedido los datos, y si se pretenden tratar los datos con otra finalidad, aun teniendo los datos y base jurídica en el ejercicio de poderes públicos (6.1.e del RGPD), tendría esta Administración que pedir el consentimiento del interesado para dichos tratamientos con finalidad distinta de la inicial. Por otra parte, la limitación de la finalidad es un principio clave de la protección de datos y exige que los datos personales que se han recogido para

un fin específico no se utilicen para otro propósito incompatible. Este principio se aplica igualmente a los datos personales que están a disposición del público. El mero hecho de que los datos personales estén disponibles públicamente para una finalidad específica no significa que tales datos personales estén abiertos a la reutilización para cualquier otro fin.

Cabe llamar la atención sobre que el art. 5 RGPD, relativo a los principios relativos al tratamiento, se aplica siempre y en todo caso para “*todos*” los tratamientos de datos (véase apartado 96 de la STJUE de 22 de junio de 2021, C-439/19), ya sea el original para el cual se recogieron los datos o sea un tratamiento llevado a cabo por un responsable posterior, y en dicho precepto se establece que los datos habrán de ser recogidos (*originariamente*) con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados *ulteriormente* de manera incompatible con dichos fines, añadiendo el apartado 2 de dicho artículo 5 que corresponde al “responsable del tratamiento” el cumplimiento de dichos principios, sin distinguir si dicho responsable es el del tratamiento “originario”, o quien lleva a cabo un tratamiento ulterior, ya sea dicho responsable del tratamiento ulterior el mismo inicial u otro diferente, porque el principio de aplica en todo caso. Dado que la ley no distingue (*ubi lege non distinguit, nec nos distinguere debemus*), tampoco podemos distinguir, amén de que es la interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental. Obsérvese que, en otro caso, el responsable inicial estaría constreñido por la finalidad inicial para cualquier tratamiento ulterior, y en cambio un responsable diferente del inicial no lo estaría, con lo cual bastaría que cualquier tercero se hiciera con dichos datos personales para tratarlos con una finalidad diferente, lo cual no es, obviamente lo querido por el RGPD, ya que infringiría directamente el contenido esencial del derecho fundamental (véase STC 292/2000) ya que ello dejaría al interesado sin un principio básico y parte integrante de su derecho fundamental y le despojaría del “control” sobre sus datos (ya que bastaría que “otro responsable” distinto al inicial los tratara para despojarle de dicho principio de “limitación del tratamiento”). La Audiencia Nacional, por otra parte, ha considerado, sobre el concepto de finalidad compatible, entre otras, por ejemplo, en la Sentencia de 14 de febrero de 2014, Rec. 97/2013, (con cita de otras), concluyendo la no posibilidad legal de tratar los datos para finalidades distintas de para aquellas que fueron recogidos. Dice así la sentencia:

*Se atribuye al citado Ayuntamiento la infracción del principio de calidad de datos regulado en el artículo 4 LOPD y en concreto el apartado 2 LOPD que indica " Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para que los datos fueron recogidos".*

*Respecto de la interpretación del término finalidades incompatibles la SAN de 17 de marzo de 2004 (Rec. 641/2001) señala "Cuando el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 se refiere a finalidad*

*incompatible está utilizando una expresión inspirada en el artículo 1.b) de la Directiva 95/46, CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, para la transposición del término incompatibles resulta confusa y equívoca y como tal ha quedado plasmada en el derecho español. Baste señalar que un dato de carácter personal recabado para una determinada finalidad puede ser indebidamente utilizado para otra actividad diferente, que sin embargo no sea estrictamente utilizada con aquella. Aplicando de forma literalista el artículo 4.2 de la Ley Orgánica, quedaría privado de sentido y vaciado de contenido y para evitar este resultado indeseable esta Sala considera que lo que prohíbe el precepto es que los datos de carácter personal se utilicen para una finalidad distinta de aquella para la que han sido recogidos".*

*Es decir, si la recogida o entrega de datos de carácter personal se realizó con unos fines determinados, **cualquier uso o tratamiento posterior que no esté en consonancia con las finalidades para las que fueron facilitados y sobre las que el afectado no consintió, es incompatible con la finalidad que determinó la entrega**, utilizando la LOPD la expresión "finalidades incompatibles " en el sentido de " finalidades distintas".*

En segundo lugar, lo anterior ha de ponerse en relación con lo establecido en el apartado Noveno, punto 7, del Proyecto de Circular, que dice así:

*7. Tanto los operadores como las entidades habilitadas para la prestación de los servicios de guías telefónicas de abonados o de consulta telefónica sobre números de abonados, deberán consultar, previamente al suministro de los datos a través del SGDA o a su publicación, alguno de los sistemas de exclusión publicitaria previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y en el artículo 96.3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.*

*Los operadores informarán en el SGDA de los datos de los abonados que hayan manifestado su consentimiento para aparecer en guías o servicios de consulta y que, a su vez, figuren incluidos en dichos sistemas de exclusión, conforme a las especificaciones y el procedimiento del Anexo I de la presente Circular, señalando expresamente y mediante los bloques de información y campos correspondientes, que no desean que los datos publicados en esos servicios sean utilizados con fines de mercadotecnia.*

*Por su parte, las entidades habilitadas para prestar los servicios de guías telefónicas de abonados deberán incluir de forma clara junto al número de teléfono de los abonados cuyos datos se hayan obtenido a través del SGDA y que, a su vez, aparezcan en alguno de los sistemas de exclusión consultados, que dichos datos no pueden ser utilizados con fines de mercadotecnia.*

Comenzando por el párrafo tercero, este parece señalar que los datos de los abonados que no podrán utilizarse con fines de mercadotecnia serían aquellos que apareciesen en los sistemas de exclusión publicitaria, lo cual supone que quien aparezca en dichas guías, pero no hubieran querido, por la razón que sea, aparecer en dichos sistemas de exclusión publicitaria, sí podrán ser objeto de mercadotecnia. Dicha conclusión a la que llega el Proyecto es contraria, por las razones ya expuestas (principio de limitación de la finalidad) a la normativa de protección de datos personales, de modo que cualquier dato incluido en dichas guías, salvo que constase el consentimiento del interesado a dicha finalidad ulterior, no podrá ser tratada para fines de mercadotecnia directa, por ser incompatible con la finalidad inicial de la recogida de los mismos. Así lo ha considerado por otra parte la Circular 1/2023, de 26 de junio, de esta AEPD, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, en relación con las llamadas (art. 2, párrafo tercero).

*Las llamadas a los usuarios que figuren en las guías de abonados requerirán que hayan prestado su consentimiento específico previo para que sus datos puedan ser usados con fines comerciales, debiendo constar expresamente dicho consentimiento, con carácter general, en las correspondientes guías.*

Del mismo modo, el Consejo de Estado en su Dictamen 677/2023, de 22 de junio de 2023, sobre el Proyecto de Circular de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, también ha entendido que:

*Sentado lo anterior, y con el matiz apuntado, el Consejo de Estado comparte el criterio de carácter general que refleja este tercer párrafo del artículo 2. Se trata de una cuestión que también ha suscitado posicionamientos distintos en trámite de audiencia, de forma que en alguno de los escritos se ha considerado que, si alguien está en las guías de abonados, concurre la base del interés legítimo. Como se ha visto, el punto de partida del Proyecto es el opuesto: **el hecho de estar en ellas no resulta suficiente de forma que es necesario que concorra el consentimiento previo**. Nuevamente, el Informe 52/2023 del Gabinete Jurídico justifica de forma razonada que, si no se ha prestado dicho consentimiento, los datos no podrán tratarse con esa finalidad comercial, de forma que el tratamiento no podría ampararse en*

*un pretendido interés legítimo, lo que considera contrario a la legislación sobre la materia y, en particular, opuesto a las propias expectativas de privacidad del interesado si recibiese publicidad mediante el tratamiento de unos datos personales que no consintió expresamente para este fin.*

Ello lleva, nuevamente, a tener que repensar cómo se han de identificar a aquellos abonados en las guías. Tanto en el Anexo I, como en el Anexo II se recoge información sobre “Venta Directa-Publicidad” de una manera que no se conforma con lo expuesto hasta el momento, puesto que se plasma la opción del abonado en forma de “0” “no permite el uso de sus datos para fines comerciales/publicidad”, o “1” permite el uso de sus datos para fines comerciales/publicidad. En realidad, como hemos visto, la publicidad o mercadotecnia sólo sería admisible, en virtud del principio de limitación de la finalidad tan reiterado, en aquellos abonados que han consentido expresamente que se les envíe publicidad, por lo que a quien no hubiera consentido expresamente, el envío de esa publicidad sería contraria a la normativa de protección de datos. Un abonado no necesita expresar que “no permite que se le envíe publicidad” para que no se le envíe. Sólo el consentimiento expreso lo permitiría. Ahora bien, como recalca el Consejo de Estado en el Dictamen 677/2023 reiterado,

*En efecto, ese consentimiento puede constar expresamente en las correspondientes guías -y quizás sea la forma más lógica de articularlo-, pero no es imprescindible que sea precisamente ahí donde conste aquel (p. ej., podría constar en otro sitio o plataforma; **o un consumidor puede no querer hacer constar expresamente ese consentimiento en una guía -por su carácter generalizado-,** pero sí haber prestado un consentimiento específico para que las empresas de un determinado grupo le contacten a través del número de teléfono que conste en cada momento en las guías de abonados; nótese, así, como la regla podría redundar en perjuicio de determinados usuarios). La lectura de otros artículos de la LGTC y, en particular del artículo 72 (sobre guías de abonados y servicios de información sobre números de abonado) y del artículo 66 (cuyo apartado 3 se ocupa de la protección de datos personales y la privacidad en relación con las guías de abonados) permiten pensar en otras situaciones posibles. Dicho, en otros términos, la habitualidad de una situación no debe llevar a excluir otras posibles situaciones, por lo que también aquí se recomienda matizar la redacción.*

En consecuencia, debería no sólo recordarse que el principio de limitación de finalidad del tratamiento impediría el tratamiento de datos incluidos en las guías para publicidad comercial sin consentimiento específico previo (Circular 1/2023 AEPD, art. 2) del usuario final, sino que habría que contemplar que algún abonado, aun admitiendo su consentimiento a tal fin, no desee que este conste en las guías.



Continuando con el párrafo inicial de este punto 7, se establece en él una obligación, en el ámbito de la protección de datos personales, para los operadores previo al suministro de los datos a la CNMC, y para las entidades habilitadas antes de su publicación, de consultar los sistemas de exclusión publicitaria. Respecto de esta obligación, que es en realidad un tratamiento de datos personales, no establece la norma proyectada la base jurídica del art. 6.1 RGPD en que se basa, y no proviene de una norma con rango de ley. Cabe recordar que el art. 23.4 LOPDGDD establece precisamente dicha obligación para “quienes pretendan llevar a cabo comunicaciones de mercadotecnia directa”, y no para otros responsables que no tengan dicha intención. Es por ello que dicha obligación puede considerarse cuando menos dudosa, habida cuenta de lo expuesto por el Consejo de Estado en su Dictamen 677/2023, de 22 de junio de 2023, sobre el Proyecto de Circular de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. En concreto, señala, respecto de lo que ha devenido el art. 4 de la Circular 1/2023 de la AEPD:

*A juicio del Consejo de Estado convendría matizar levemente la redacción de este artículo para evitar que induzca a confusión, de forma que sería mejor que hiciera una remisión al deber de consulta "en los casos y términos" previstos en el artículo 23 de la LOPD; y ello, porque **el citado artículo 23 refiere esa obligación solo a "quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa" (artículo 23.4)** y el segundo párrafo del mismo artículo 23.4 establece una excepción que aquí no se menciona (cuando se haya prestado su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla). En suma, podría pensarse que el artículo proyectado configura un deber de carácter general, tanto desde el punto de vista subjetivo (sin tener en cuenta la limitación que establece el artículo 23.4) como desde el punto de vista objetivo (sin tener en cuenta la excepción del segundo párrafo del artículo 23.4 citado). Ciertamente, la referencia que el proyectado artículo hace a que la consulta sea "de conformidad con lo previsto en el art. 23" podría salvar la objeción; pero para que quede claro que la circular no pretende ampliar el ámbito subjetivo ni objetivo de lo que ya dice ese artículo 23 se considera preferible que utilice una fórmula como la indicada ("en los casos y términos" previstos en el artículo 23 de la LOPD) u otra análoga.*

Es decir, el punto 7 del apartado 9 de la Circular que se informa parece querer ampliar el ámbito subjetivo del art. 23.4 LOPDGDD no sólo a quienes pretendan realizar actividades de mercadotecnia directa, sino también, aunque no lo lleven a cabo, a los operadores de comunicaciones y a las entidades habilitadas. No obstante lo anterior, es cierto que el art. 72.2, último párrafo, LGTel establece que *El suministro de los datos por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las entidades previstas en las*



*letras a), b), c) y d), se realizará de conformidad con las condiciones que se establezcan mediante real decreto y de acuerdo con el procedimiento para el suministro y recepción de la información que, en su caso, pueda fijar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mediante circular. Si se pudiese considerar esa obligación de consulta a “alguno” (sic) de los sistemas de exclusión publicitaria como una “condición” para el suministro y recepción de la información establecido por la CNMC en esta Circular podría considerarse aceptable, puesto que en última instancia redundaría en beneficio de los usuarios finales, pues dicho tratamiento tiene como finalidad última el evitar injerencias por otros tratamientos, en principio no deseados, de publicidad comercial.*

No cabe olvidar, por último, que, en todo caso, a quienes la LPODGDD (art. 23) impone una obligación de consultar dichos sistemas de exclusión publicitaria es a quienes pretenden realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, por lo que en modo alguno dicha consulta a dichos sistema por los operadores o las entidades habilitadas excluyen la obligación impuesta a aquellos por el art. 23.4 LOPDGDD.