



Expediente Nº: E/00385/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, en virtud de la denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 16/11/2013 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que el 26/10/2013 contrató con **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, (en lo sucesivo TDE o la denunciada) el alta en los servicios de telefonía -un paquete comercial denominado “Fusión” que incluye telefonía fija, móvil y ADSL- y que en el curso del alta de los servicios expresó al operador que le atendía que no deseaba que sus datos fueran incluidos en listados telefónicos. Añade que el 16/11/2013 comprobó que la página de atención al cliente on line de TDE, Mi Movistar, en contraste con su declaración, indicaba que deseaba que sus datos fueran incluidos en guías y en el 11818 y que seguidamente comprobó que sus datos estaban incluidos en www.paginasblancas.es

Aporta impresiones de pantalla del sitio web www.paginasblancas.es, en la que constan publicados sus datos personales asociados a su número de teléfono y de la página de “Mi Movistar” denominada “Actualización de Datos de inclusión en Guías” en la que figura “sí” en los apartados “inclusión en guías” e “inclusión en 11818”.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos realizó actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 16 de noviembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que declara, en resumen, que contrató un servicio de teléfono fijo, móvil y ADSL con la compañía TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (Movistar), y ante la pregunta efectuada en el proceso de contratación acerca de si quería que sus datos fuesen incluidos en listados telefónicos, el denunciante manifestó su negativa. A pesar de ello, comprobó, a fecha de 16 de noviembre de 2013, que en el servicio de atención al cliente on-line de la denunciada figuraba un “sí” en los apartados “inclusión en guías” e “inclusión en 11818”. Asimismo comprobó que sus datos habían sido incluidos en los listados telefónicos accesibles, a través de la página web www.blancas.paginasamarillas.es.*

Aporta impresión de pantalla de la consulta realizada al citado sitio web en la que constan sus datos personales asociados a su número de línea telefónica. Aporta

además impresión de pantalla de la información que figura en el servicio de atención al cliente on-line “Mi Movistar” donde figuraba un “sí” en los apartados “inclusión en guías” e “inclusión en 11818”

ACTUACIONES PREVIAS

1. Con fecha 13 de Diciembre de 2013, se obtiene impresión del resultado negativo de la consulta realizada en la página web www.blancas.paginasamarillas.es a los datos del denunciante.
2. Con fecha 29 de enero de 2014, se solicita a Movistar información reactiva al denunciante, manifestando la citada entidad, en síntesis, en cumplimiento del citado requerimiento, lo siguiente:

- *El número de teléfono ***TEL.1 a nombre del denunciante consta dado de alta desde el 19 de Octubre de 2013.*
- *No ha sido posible la localización del contrato suscrito por el denunciante.*
- *Se envió el registro de alta del denunciante al SGDA, en fecha de 6 de Noviembre de 2013*

##NOMBRE#APELLIDOS.....#APELLIDO#####TEL.1***

- *Con fecha 16 de Noviembre de 2013 el denunciante solicitó la exclusión de las guías, formulándose la orden de Servicio nº ***NÚMERO.1.*
 - *En la carga de totales enviada al SGDA, con fecha de 21 de Noviembre de 2013, no se incluían los datos del denunciante.*
 - *Aporta, finalmente, una relación de los contactos mantenidos con el denunciante entre los días 22 de octubre de 2013 y 3 de octubre de 2014.*
3. Con fecha 29 de Julio de 2014, se solicita al denunciante que aporte copia legible del anverso y reverso del contrato suscrito con Movistar, así como copia de la documentación que acredite que solicitó a la citada entidad que sus datos no figuraran en las guías telefónicas, sin que la citada documentación haya sido aportada a esta Agencia.>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

La LOPD establece en su artículo 28.4 que “Los datos que figuren en las guías de telecomunicaciones disponibles al público se registrarán por su normativa específica”.

Este reenvío a la “*normativa específica*” nos conduce al examen de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, por ser la norma que estaba vigente cuando acontecieron los hechos sobre los que versa la denuncia, pues como resulta de la investigación de la Inspección de Datos fue el **06/11/2013** cuando TDE habría comunicado los datos del denunciante a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), a fin de que fueran publicados en guías.

La citada Ley profundizó en la línea iniciada por la Ley General de Telecomunicaciones 1/1998 y dispuso en su artículo 38.6 que la elaboración y comercialización de guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de información sobre ellos se realizaría en régimen de libre competencia, garantizando en todo caso a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluido el de no figurar en dichas guías.

El desarrollo reglamentario de la Ley 32/2003 se efectuó, entre otras disposiciones, por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprobó el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. El artículo 67 del R.D. 424/2005 indicaba:

“Para que los datos correspondientes a un abonado a los que se refiere el artículo 30.4 sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, será preciso el consentimiento expreso de dicho abonado. A estos efectos, se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicite su consentimiento para la inclusión de tales datos, con indicación expresa de cuáles serán éstos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación. También se producirá cuando este se dirija por escrito a su operador solicitándole que sus datos figuren en la guía.

Si el abonado no hubiera dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente sus datos.....”. (El subrayado es de la AEPD)_____

Al amparo de la citada disposición la inclusión de los datos de un abonado en guías por vez primera exigía contar con su consentimiento expreso. De manera que si faltaba dicho consentimiento –de cuya existencia el operador telefónico tenía la carga de la prueba- la publicación de sus datos en guías o repertorios telefónicos constituía una cesión sin consentimiento, infracción del artículo 11.1 de la LOPD tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.k).

Sin embargo, después de que TDE hubiera comunicado los datos del denunciante a la CNMC, **ha entrado en vigor la Ley 9/2014**, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, L.G.T.) que modifica el régimen jurídico vigente hasta entonces y reconoce el **derecho de los abonados a no figurar en guías**.

El artículo 48.3 de la L.G.T. dispone:

“Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con

las guías de abonados, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

- a) *A figurar en las guías de abonados*
- b) *A ser informados gratuitamente de la inclusión de sus datos en las guías, así como de la finalidad de las mismas, con carácter previo a dicha inclusión.*
- c) ***A no figurar en las guías o a solicitar la omisión de algunos de sus datos, en la medida en que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía que haya estipulado su proveedor.***

Además, la Disposición derogatoria única de la L.G.T. advierte que, sin perjuicio de las disposiciones transitorias de la Ley, quedan derogadas las siguientes disposiciones: La Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones; la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones; y cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Llegados a este punto es preciso destacar que la Constitución Española, en su artículo 9.3., "(...) garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

En consonancia con la norma constitucional, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo RJPAC) –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge “*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*”- acoge el principio de **aplicación retroactiva de la norma más favorable**, estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

Por esta razón, en virtud del principio de retroactividad *in bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, corresponde aplicar en relación a los hechos que nos ocupan el artículo 48.3 de la Ley General de Telecomunicaciones 9/2014, al ser norma más beneficiosa para la entidad denunciada que las normas de la Ley 32/2003 y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, que estaban vigentes cuando TDE cedió los datos del denunciante a la CNMC al objeto de su publicación en guías.

El régimen jurídico introducido por la L.G.T., artículo 48 3.c), reconoce a los usuarios finales el derecho “*a no figurar en las guías*”. Esto significa que los abonados tienen derecho a comunicar a su operadora que no desean que sus datos personales se publiquen en guías y repertorios de abonados y, manifestada esa oposición, el operador deja de estar legitimado para efectuar tal comunicación a la CNMC.

III

En relación a la denuncia que nos ocupa, a la vista de la documentación aportada por el denunciante y de la recabada por la Inspección de Datos de la AEPD,

han quedado acreditados los siguientes extremos:

- a) El denunciante dio de alta con TDE el número *****TEL.1** el 19/10/2013.
- b) TDE ha reconocido que envió a la CNMC un registro con el alta del citado número titularidad del denunciante, el **06/11/2013**.
- c) La consulta efectuada en fecha 13/12/2013 por la Inspección de Datos a la página web sobre los datos personales del denunciante dio resultado negativo.
- d) TDE ha manifestado que el denunciante solicitó ser excluido de guías el 16/11/2013 por lo que en la carga de totales hecha en el Sistema de Gestión de Datos de Abonados (SGDA) de la CNMC el 21/11/2013 no figuraba sus datos.

Partiendo de estas premisas corresponde a la AEPD valorar si vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal la comunicación que TDE hizo de los datos de su cliente a la CNMC; comunicación que el denunciante dice no haber consentido.

Como se expone en el Fundamento precedente la regulación actual (artículo 48.3. c) de la Ley 9/2014, L.G.T.) no exige para comunicar los datos de los abonados a la CNMC para su publicación en guías que el operador de telefonía cuente con el consentimiento previo y expreso del abonado, sino que se limita a reconocer a los abonados el derecho a “*no figurar en guías*”.

Dado que las disposiciones vigentes son más beneficiosas para la denunciada que aquellas que eran aplicables cuando TDE cedió los datos del denunciante a la CNMC –recordemos que la operadora ha reconocido que la comunicación se produjo el **06/11/2013**- los hechos sobre los que versa la presente denuncia deben **valorarse a la luz de la normativa actual**, por exigirlo así el principio de “*retroactividad de la disposición sancionadora más favorable*” o retroactividad “*in bonam partem*”

Pues bien, conducta que se denuncia únicamente podría ser constitutiva de una infracción del artículo 48.3.c) de la L.G.T., tipificada en su artículo 78.11 como infracción leve, en el caso de que se acreditara que el denunciante ejercitó ante la operadora el derecho a no figurar en guías.

Sin embargo este extremo no ha quedado probado. Pese a que el denunciante afirma que cuando contrató declaró que no deseaba que sus datos se publicaran en guías no ha aportado pruebas o indicios razonables que corroboren su declaración. La Inspección de Datos de la AEPD le instó en fecha 29/07/2014 a que aportara copia del contrato suscrito con TDE, así como copia de la documentación que acreditara que solicitó a la operadora que sus datos no figuraran en guías telefónicas, sin que haya sido aportada al expediente.

Por su parte, TDE respondió al requerimiento de la AEPD para que aportara la copia del contrato en los siguientes términos: “*Consultada la Unidad correspondiente nos informan que no ha sido posible la localización del contrato suscrito por el Sr. Quelle*”.

Así pues, el denunciante **no ha aportado elemento probatorio alguno del que se infiera que, tal y como sostiene, comunicó a la denunciada que no deseaba figurar en guías**. El único elemento del que disponemos a ese respecto es su declaración, insuficiente por sí sola para enervar el principio de presunción de inocencia.

En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los

principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio del *ius puniendi*, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC) establece que *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26/10/1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

De las consideraciones precedentes resulta que el principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una **prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación** o la intervención en los mismos del presunto infractor.

En consecuencia, habida cuenta de que **no obra** en el expediente **prueba o indicio alguno de que el denunciante hubiera hecho valer** ante la operadora

denunciada **el derecho a no figurar en guías que le otorga el artículo 48.3.c**, de la **L.G.T.**, en aplicación del principio de presunción de inocencia debemos acordar el archivo de las presentes actuaciones.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** y a **A.A.A..**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez

Director de la Agencia Española de Protección de Datos