



Expediente N°: E/00623/2014

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 09/10/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que expone que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en lo sucesivo, TDE o la denunciada) entidad con la que contrató el 30/04/2013 el servicio telefónico y le asignó el número de línea *****TEL.1**, ha incluido sus datos personales en la guía Páginas Blancas on line sin su consentimiento.

Aporta con su denuncia copia del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones fijas en cuyo texto y en el apartado "*Datos Cliente*" figura sin marcar la casilla que precede a esta leyenda: "*Deseo que mis datos sean incluidos en las guías telefónicas y sean accesibles a través de servicios de información o consulta sobre ella*"

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron 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 9 de octubre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de A.A.A. en el que declara que cuando contrató con Telefónica de España, S.A.U. no prestó su consentimiento para que sus datos figuraran en guías telefónicas. Sin embargo sus datos han sido publicados en la guía "páginas blancas" y en otros sitios web.

ACTUACIONES PREVIAS

1. Con fecha de 7 de febrero de 2014, se obtiene copia impresa del resultado negativo de la consulta realizada en la página web www.blancas.paginasamarillas.es, relativa a los datos del denunciante.

2. Con fecha de 24 de febrero de 2014, desde la Inspección de Datos se solicita a la compañía Telefónica de España, S.A.U información relativa, entre otros extremos, a las fechas en las que Suministró a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) los datos personales del denunciante para su inclusión en guías, sin que hasta la fecha del presente informe haya aportado la información requerida.

3. Con fecha de 24 de febrero de 2014, se solicita al denunciante copia del contrato suscrito con Telefónica de España, S.A.U, lo que verifica mediante escrito de fecha de entrada en esta Agencia de 7 de marzo de 2014. El denunciante aporta copia del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones fijas” suscrito con Telefónica de España, S.A.U. en el que consta el literal “deseo que mis datos sean incluidos en la guía telefónica y sean accesibles a través de los servicios de información de consulta sobre ella” precedido de una casilla que se encuentra sin marcar. Asimismo aporta copia del contrato de “Servicios móviles Movistar” suscrito con Telefónica Móviles España, S.A.U. en el que consta el literal: “Deseo que mis datos se incluyan en guías telefónicas (Rellénese impreso al efecto)” seguido de una casilla que se encuentra sin marcar.

4. Con fecha 16 de junio de 2014, se solicita a la CNMC copia de los archivos de totales y de actualizaciones enviados por Telefónica de España, S.A.U. al SGDA entre los meses de mayo de 2013 y febrero de 2014 correspondientes a la provincia de Madrid, sin que hasta la fecha del presente informe haya aportado la información requerida.

5. Con fecha 19 de agosto de 2014, se solicita información a Hibu Connect S.A.U. que manifiesta, en escrito de fecha de entrada en esta Agencia de 5 de septiembre de 2014, que los datos del denunciante no fueron incluidos en la edición en papel de las guías telefónicas de los años 2013 y 2014 y que se publicaron en la versión online desde el 5 de mayo de 2013 hasta el 28 de julio de 2013.>>

Con posterioridad a la emisión del Informe de Actuaciones Previas, en fecha 23/09/2014, ha tenido entrada en este organismo la respuesta de Telefónica de España, S.A.U., al requerimiento informativo efectuado el 24/02/2014. La entidad expone que no ha sido posible localizar el contrato suscrito por el denunciante; que sus datos se comunicaron a la CNMC en un registro de alta el 16/05/2013; que el 25/07/2013, como consecuencia de la solicitud que le dirigió el denunciante, se formuló la orden de servicio para la exclusión de sus datos personales de la CNMC incluyéndose el registro de baja en la carga de actualizaciones hecha en el SGDA de la CNMC el 01/08/2013.

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 regirán 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. Esta Ley continuó en la dirección marcada por la Ley General de Telecomunicaciones 1/1998 y estableció 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)_____

A tenor de la citada disposición, la inclusión por vez primera en algún tipo de guía de los datos de un abonado **exigía contar con su consentimiento expreso**. De modo que si faltaba dicho consentimiento –de cuya existencia el operador telefónico tenía la carga de la prueba– la publicación de los datos del abonado en una guía o repertorio telefónico constituía una cesión sin consentimiento de sus datos de carácter personal; infracción del artículo 11.1 de la LOPD tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.k) de la citada norma.

Sin embargo, con posterioridad a que se produjeran los hechos denunciados **ha entrado en vigor la Ley 9/2014**, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, L.G.T.) que reconoce el **derecho de sus abonados a no figurar en guías**.

Así, la L.G.T. establece en su artículo 48. 3:

“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.”* (El subrayado es de la AEPD)

Paralelamente la disposición derogatoria única de la L.G.T. señala 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. De ahí que en la actualidad se considere derogada por la L.G.T. la regulación que sobre el consentimiento para la publicación de los datos personales de los abonados en guías telefónicas recogía el R.D. 424/2005.

Llegados a este punto es preciso tomar en consideración 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”. (El subrayado es de la AEPD)

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 **en el asunto que nos ocupa debemos optar por aplicar el artículo 48.3 de la Ley 9/2014**, al ser esta norma más beneficiosa para la entidad denunciada, TDE, que las normas de la Ley 32/2003 y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo vigentes cuando cedió los datos del denunciante al SGDA de 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 sean publicados en guías y repertorios de abonados y, manifestada esa oposición, el operador deja de estar legitimado para la publicación de los datos de su abonado en guías.

La vulneración de los derechos sobre protección de datos que otorga a los usuarios finales el artículo 48.3.c, de la L.G.T. se tipifica como infracción leve en el artículo 78.11 que dispone: “*Se consideran infracciones leves (..) “11. El incumplimiento de las obligaciones de servicio público, de las obligaciones de carácter público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de la Ley y su normativa de desarrollo.”*

III

En el presente caso, a la vista del resultado de las actuaciones de investigación practicadas por el Servicio de Inspección de la AEPD y de la documentación que el denunciante aporta quedan acreditados los siguientes extremos:

a) El denunciante contrató con TDE, a través de un Distribuidor, el servicio de telefonía fija con fecha 30/04/2013 asignándole el número de línea *****TEL.1**.

b) El denunciante ha aportado copia del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones fijas suscrito con TDE en cuyo texto, y en el apartado “*Datos Cliente*”, aparece sin marcar la casilla que precede a esta leyenda: “*Deseo que mis datos sean incluidos en las guías telefónicas y sean accesibles a través de servicios de información o consulta sobre ella*”.

c) Los datos del denunciante, asociados al citado número de línea, fueron comunicados por TDE al SGDA de la CNMT para ser publicados en guías y repertorios telefónicos. Así lo confirman las respuestas tanto de TDE como de HIBU al requerimiento informativo de la Inspección.

TDE ha comunicado a la AEPD que el número *****TEL.1**, a nombre de **A.A.A.**, que se dio de alta con ella el 02/05/2013 y de baja el 30/06/2014, fue incluido el 16/05/2013, como alta, en un registro enviado al SGDA de la CNMC y que la baja se comunicó a este organismo en la carga de actualizaciones efectuada el 01/08/2013.

Por su parte, HIBU CONNECT, S.A.U. - empresa con quien TDE tiene contratada la gestión y elaboración en su nombre de la guía Páginas Blancas en soporte on line y papel- ha informado que los datos del denunciante estuvieron publicados en la guía on line Páginas Blancas desde el 05/05/2013 hasta el 28/07/2013 y que no llegaron a incluirse en la guía en soporte papel.

Como se expone en el Fundamento precedente los hechos objeto de la denuncia deben ser valorados a la luz de las normas actualmente vigentes –por aplicación del principio de retroactividad *in bonam partem*- por lo que aquí interesa el artículo 48.3.c, de la L.G.T.

Pues bien, la documentación que obra en el expediente acredita que **el denunciante, al suscribir con TDE el contrato para su línea ***TEL.1 sí le manifestó que no deseaba que sus datos fueran publicados en guías** por cuanto no marcó la casilla que el documento contractual destina a que el cliente autorice a la operadora a ceder sus datos con ese fin.

Se concluye de la exposición precedente que la conducta de la entidad denunciada que se somete a nuestra consideración podría ser constitutiva de una infracción del artículo 48.3.c, de la L.G.T., tipificada como infracción leve en el artículo 78.11 de la Ley 9/2014.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la L.G.T. establece para las infracciones leves un plazo de prescripción de un año (artículo 83) que “*comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido*”.

Trasladando las consideraciones anteriores a los hechos que nos ocupan y toda vez que HIBU ha reconocido que los datos del denunciante estaban publicados en la guía Páginas Blancas on line el 28/07/2013 el plazo de un año que estipula la L.G.T. para la prescripción de las infracciones leves se cumplió el 05/05/2014. En consecuencia, aun cuando la conducta de TDE pudiera subsumirse en el tipo sancionador del artículo 78.11 de la L.G.T. ninguna responsabilidad cabría exigirle pues se habría extinguido por prescripción.

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, S.A.U.** 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