



Expediente Nº: E/03850/2011

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U, YELL PUBLICIDAD S.A.U. en virtud de denuncia presentada ante la misma por **B.B.B.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 21 de junio de 2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. B.B.B. en el que declara que con motivo de las llamadas comerciales que recibía, solicitó a Telefónica de España, S.A.U. la exclusión de sus datos de las guías para el número **C.C.C.** y que al no ser atendida su petición solicitó el alta en una nueva línea (**D.D.D.**) que fue registrada también en guías sin su consentimiento. Añade que no ha consentido la cesión de sus datos a Yell Publicidad, S.L.U. Aporta, entre otra documentación, copia de impresa de la información que figura la línea D.D.D. figura asociada a él en la guía electrónica “páginas blancas”.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

▪ Con fechas de 13 de diciembre de 2011, desde la Inspección de Datos se solicitó al operador información relativa a D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) con NIF: **E.E.E.**

1. Fecha de alta del citado abonado en los servicios de telecomunicaciones que presta su entidad, informando si la línea del denunciante fue asignado por su entidad al cliente o portado desde otro operador.

2. Copia del soporte en el que conste el consentimiento o la solicitud de del denunciante para la publicación de sus datos personales en las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas, o copia de la comunicación en la que se le solicitó el consentimiento para la citada publicación y documentación que acredite la recepción de la misma por el citado cliente.

3. Fechas en las que su entidad ha suministrado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los datos personales del citado abonado, en los ficheros que se facilitan para los servicios de guías telefónicas. Así como copia de la documentación que lo acredite.

4. Detalle de las causas que, en su caso, motivaron la baja de los datos del citado abonado en la información que se suministra, para los servicios de guías telefónicas, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

5. Copia de todas las comunicaciones y contactos que se hayan mantenido con el abonado relacionados con estos hechos, detallando para cada caso las acciones

emprendidas por su entidad.

▪ Con fecha de registro de entrada en esta Agencia de 16 de enero de 2012, y en cumplimiento del citado requerimiento la representante legal de la entidad manifiesta lo siguiente:

1. El número **C.C.C.** figura en los Sistemas de la entidad con fecha de alta 29/11/2007 y fecha de baja por cambio de número 16/05/2011.

2.- En cuanto a la acreditación del consentimiento del denunciante para que sus datos figuren en guías, la entidad ha manifestado que debido al tiempo transcurrido (noviembre de 2007), no ha sido posible la localización del consentimiento

Indica que con fecha 16 de mayo de 2011 se produjo un cambio de número por **D.D.D.**, número que no ha estado publicado en los repertorios de abonados.

3.- La entidad suministró a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los datos personales del denunciante asociados a la línea **C.C.C.** en las siguientes fechas:

- Carga de totales julio 2010
- Carga de totales noviembre 2010
- Carga de actualización 6-7 de julio de 2011
- Se envió el registro de baja del **C.C.C.**.

4.- Se excluyó la línea **C.C.C.** de la información facilitada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por baja de la línea.

5.- Adjunta copia de los contactos mantenidos con el denunciante

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

En primer lugar en lo que se refiere a la transferencia de datos de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** a **YELL PUBLICIDAD SLU** hemos de indicar que:

El artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), establece como condición imprescindible el previo consentimiento del interesado para que sus datos de carácter personal puedan ser comunicados a un tercero por parte del responsable del tratamiento de sus datos:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.”

No obstante el propio art. 11.2 de la LOPD, recoge una serie de excepciones al

consentimiento previo del interesado:

“2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.”

Es en este momento cuando entra en juego el art. 12 de la LOPD, que da contenido a la excepción autorizada por ley al previo consentimiento del interesado en la comunicación de datos a un tercero:

“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.”

El citado artículo 12.1 de la LOPD permite que el responsable del fichero, habilite el acceso a datos de carácter personal por parte de la entidad que va a prestarle un servicio, sin que, por mandato expreso de la ley, pueda considerarse dicho acceso como una cesión de datos.

Por tanto se deduce que YELL trató los datos prestando un servicio al responsable del tratamiento.

III

En segundo lugar señalar que ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), establece en su artículo 38.6:

“La elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías. A tal efecto, las empresas que asignen números de teléfono a los abonados habrán 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, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, estando sometido el suministro de la citada información y su posterior utilización a la normativa en materia de protección de datos vigente en cada momento.”

Por otro lado, en su disposición adicional novena, referida a la protección de datos personales, establece:

“No será preciso el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales necesaria para el cumplimiento de lo previsto en los artículos 7 y 38.6 de esta Ley.”

Existe una norma diseñada para desarrollar las previsiones hechas en el anterior Real Decreto, la Orden CTE/711/2002 de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de

abonado. En su apartado Tercero, punto 4 nos dice:

Los abonados de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público podrán exigir a los operadores y proveedores que se les excluya de las guías telefónicas o de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado, que se indique que sus datos personales no pueden utilizarse para fines de venta directa, que se omita, total o parcialmente, su dirección u otros datos personales, o que se enmienden los errores existentes en sus datos personales. A estos efectos, se entenderá que las demandas que los abonados realicen en relación con las guías telefónicas son extensibles a los servicios de consulta sobre números de abonado, salvo manifestación en contra.

Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público especificarán en sus correspondientes contratos de abono la forma en la que podrán ejercer el derecho que se regula en este punto. A estos efectos, el abonado comunicará al operador su petición con acreditación de la recepción de dicha comunicación.

Los operadores y proveedores deberán proporcionar las posibilidades de exclusión a las que se refiere este punto gratuitamente a los abonados.

IV

El denunciante declara que solicitó a Telefónica de España, S.A.U. la exclusión de sus datos de las guías para el número **C.C.C.** pero de los datos que constan en el expediente no ha quedado acreditado la solicitud por parte del denunciante de la exclusión de la primera línea.

Así mismo señalar que si bien el denunciante aporta copia de impresión de pantalla de la publicación de la segunda línea **D.D.D.**, no podemos considerar prueba suficiente la copia aportada. Además no se acredita la fecha de dicha impresión, Telefónica niega que el número haya estado publicado en los repertorios de abonados y porque habiendo realizado esta Agencia la diligencia pertinente, no se ha encontrado resultado alguno en esa línea.

En conclusión no hay prueba de cargo suficiente que desvirtué la presunción de inocencia y por tanto de la documentación obrante en el expediente no se puede deducir una actuación culpable de la entidad denunciada.

Hemos de señalar que el Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

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 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de*

simple inobservancia.”

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

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 **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U, YELL PUBLICIDAD S.A.U..** y a **B.B.B..**

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.

