

Expediente N°: E/07348/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 27 de septiembre de 2013, tiene entrada en esta Agencia un escrito de Don **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que, en resumen, declara que contrató una línea telefónica y servicio ADSL con Telefónica España S.A.U. (en lo sucesivo, Movistar), que cuando contrató la línea y el servicio solicitó no aparecer en las guías de abonados y servicios de consulta. Sin embargo, encontró sus datos personales publicados en la guía del sitio web www.infobel.com. Aporta impresión de pantalla del sitio web www.infobel.com en la que figuran sus datos personales de nombre, apellidos y domicilio asociados a su número de teléfono

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 15 de enero de 2014, se obtiene copia impresa del resultado negativo de la consulta realizada a las páginas web www.blancas.paginasamarillas.es y www.infobel.com sobre los datos del denunciante.

1. Con fecha 15 de enero de 2014, desde la Inspección de Datos se solicita al denunciante copia del contrato suscrito con Movistar. El denunciante mediante escrito de fecha de entrada en esta Agencia, de 3 de febrero de 2014, aporta el documento denominado "contrato-tipo de abono general al servicio telefónico fijo disponible al público para usuarios finales" que recoge las condiciones de contratación.

Consta en la estipulación decimosegunda, el literal: "(...) No obstante, EL CLIENTE podrá solicitar expresamente a MOVISTAR, su exclusión de la guía, que tendrá efecto en ambos formatos, sin que sea posible elegir entre uno u otro, o que se indique que sus datos personales no pueden utilizarse para fines de venta directa, o que se omita parcialmente su dirección. La opción inclusión/exclusión de guías de podrá ejercitar por el cliente, en el momento de contratar el servicio objeto del presente contrato, bien a través del Numero de Atención Personal 1004, del 900***** de Respuesta Profesional o de la página web de MOVISTAR, www.movistar.es, sin perjuicio de su derecho posterior a modificar dicha opción, dirigiendo un escrito bien al Apartado de Correos *****1, Madrid (en el caso de clientes particulares o profesionales), bien al Apartado de Correos *****, Barcelona (en el caso de empresas). MOVISTAR recabará el

consentimiento expreso del abonado para su inclusión inicial en la guía (...)

2. Asimismo se solicita a Movistar, con fecha 15 de enero de 2014, información relativa al denunciante. Movistar no responde a la solicitud.

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 el presente caso, se procede a examinar la reclamación de fecha **27/09/13** en dónde el epigrafiado pone de manifiesto los siguientes hechos en orden a su adecuación a la LOPD:

*“Que en fecha **09/07/13** Telefónica Movistar instaló en mi domicilio el servicio de teléfono+ ADSL. En la llamada de grabación especifiqué que no quería salir en ningún listado de teléfonos”—folio nº 1--.*

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”* conduce al examen de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, por ser la norma vigente cuando acontecieron los hechos sobre los que versa la denuncia que examinamos. Esta Ley profundizó en la línea 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 infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.k) de la citada norma, en tanto había existido una cesión sin consentimiento de sus datos de carácter personal.

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

Así, la L.T. establece en el 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.”*

En este sentido, la Disposición derogatoria única de la L.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 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, debemos optar por aplicar el artículo 48.3 de la Ley de Telecomunicaciones 9/2014, al ser esta norma más beneficiosa para la entidad denunciada que las normas de la Ley 32/2003, que eran las vigentes cuando Telefónica (**Movistar**) cedió los datos de la denunciante al objeto de su publicación en guías.

El régimen jurídico introducido por la L.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 inclusión de los datos del abonado en guías.

En el presente caso la denunciante afirma que comunicó a Telefónica (**Movistar**) que no deseaba que sus datos se publicaran en guías, pero **no ha aportado a la AEPD ningún indicio o evidencia del que se infiera la realidad de los hechos que expone.**

Así las cosas debemos recordar 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 de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

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 26 de noviembre, 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 Sentencia de 26 de octubre de 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.”

En STC 24/1997 el Tribunal Constitucional 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 la exposición precedente se concluye 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.

Cabe citar, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 14 de marzo de 2013 (Rec.394/20111), en la que el Tribunal invocó el principio de presunción de inocencia y dejó sin efecto la resolución sancionadora que había dictado la AEPD.

Lo relevante a efectos de determinar si la conducta denunciada es o no constitutiva de una infracción del artículo 48.3 de la L.T., es precisar si la inclusión de los datos personales de la denunciante en guías estuvo precedida de su manifestación de voluntad contraria a dicha publicación en guías. En este sentido no se han aportado a la AEPD evidencias o indicios razonables de los que se infiera que, tal y como la denunciante manifiesta, comunicó a Telefónica (**Movistar**) su deseo de que sus datos no fueran publicados en guías telefónicas antes de que dicha comunicación se hubiera efectuado. Por tal razón, al amparo del principio de presunción de inocencia, debe acordarse el archivo de las presentes actuaciones de investigación.

III

El denunciante expone que sus datos personales han sido publicados en las página web **WWW.INFOBEL.COM** y aporta una impresión de pantalla de INFOBEL (sin fecha) en la que figuran sus datos personales.

A) Respecto a la publicación en www.INFOBEL.com , parece conveniente informar al denunciante del procedimiento que con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico se sigue para la obtención y suministro de información destinada a la elaboración de las guías y repertorios telefónicos de abonados.

La Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, actualmente denominada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC)

fue creada por el Real Decreto 1736/1998, atribuyéndole el encargo de suministrar a las entidades que desearan prestar servicios de información y elaboración de guías los datos que les proporcionarían los distintos operadores de telefonía relativos a sus abonados.

La Circular 2/2003, de 26 de septiembre, de la CMT, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia creó el SGDA - Sistema de Gestión de Datos de Abonados- capaz de almacenar, cargar y entregar de forma eficiente la información de los abonados. Este Sistema se encuentra actualmente regulado en la Circular 1/2013, de 25 de abril, de la CNMC, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados que ha derogado la Circular 2/2003.

De acuerdo con las previsiones de las Circulares anteriores corresponde a la CNMC otorgar habilitación a aquellas entidades que lo soliciten y que cumplan las condiciones reglamentariamente establecidas para recibir información a través del SGDA con el fin, bien de prestar servicios de consulta, de elaborar guías telefónicas, o de prestar servicios de llamadas de urgencia a través del 112.

Por tanto, los datos de los abonados se facilitan al SGDA por los operadores de telefonía con los que los clientes tienen contratada la prestación del servicio de telecomunicaciones, en cumplimiento de las normas jurídicas que regulan esta materia. A su vez, los datos de los abonados incorporados al SGDA se facilitan a aquellas entidades que la CNMC ha habilitado para recibir información con el fin de prestar servicios de consulta, elaborar guías telefónicas o prestar servicios de llamadas de urgencia, mediante el procedimiento que se recoge en la Circular 1/2013 de la CMT que derogó la Circular 2/2003.

El sitio web de INFOBEL en el que aparecieron publicados los datos personales de la denunciante es un servicio de directorio telefónico en soporte on line que facilita información sobre números de abonados. La responsable del sitio web es la sociedad KAPITOL, S.A., entidad habilitada en el año 2003 por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CNMC) para editar guías de ámbito nacional.

Los datos de la denunciante publicados en esta página web se descargaron del SGDA por KAPITOL, S.A., entidad responsable del directorio on line www.infobel.com. Y como se ha indicado, este repositorio central (SGDA) se nutre de los datos de los abonados que facilitan los operadores de telefonía con los que los clientes tienen contratada la prestación del servicio de telecomunicaciones.

En consecuencia, **cuando un abonado no desea figurar en guías y repertorios telefónicos debe dirigirse al operador de telecomunicaciones que le presta el servicio telefónico** y ejercer su derecho de exclusión de guías para que sus datos personales no sean cedidos a la CNMC, al objeto su publicación directorios telefónicos. Siguiendo este procedimiento sus datos personales asociados a su número de abonado no figuraran en ninguna guía, en ningún soporte, papel u on line.

En fase de instrucción—ex art. 78 Ley 30/92—se solicitó al denunciante “*copia del anverso y reverso del contrato suscrito con la Entidad Telefónica de España S.A.U*”.

En el mismo se plasma expresamente-**Clausula Decimosegunda**—que “el **CLIENTE** podrá solicitar a Movistar su exclusión de la guía, que tendrá efecto en ambos formatos (...). La opción exclusión de guías se podrá ejercitar por el cliente, en el momento de contratar el servicio objeto del presente contrato, bien a través del número de Atención personal 1004...sin perjuicio de su derecho posterior a modificar dicha opción, dirigiendo un escrito bien al apartado de Correos *****1 (**Madrid**)...En ambos casos al escrito deberá adjuntarse una fotocopia de su DNI o documentación alternativa que acredite la identidad del cliente”.

A la luz de lo anteriormente expuesto, y dado que no se ha logrado acreditar que la denunciante hubiera comunicado a Telefónica (**Movistar**) su voluntad contraria a la inclusión de sus datos en guías de abonados, no se aprecia en los hechos que se denuncian infracción de la normativa anteriormente expuesta , debiendo acordar el **ARCHIVO de las presentes actuaciones**.

Cabe indicar que en fecha **15/01/14** se procede a constatar por la Subdirección General de Datos que con los datos personales del afectado en las páginas www.blancas.com, Páginasamarillas.es y www.infobel.com no consta ningún dato personal del mismo.

Por último, el afectado puede de estimarlo oportuno dirigir escrito a la Entidad-**Telefónica**— a la dirección anteriormente reseñada, en dónde concrete su petición “**exclusión de guías**” aportando copia de su DNI (anverso y reverso visible y actualizado en legal forma) mediante un medio que permite acreditar la recepción fehaciente de la misma (*a modo de ejemplo Acuse de recibo del Servicio Oficial de Correos); debiendo la misma proceder a la exclusión de sus datos de las guías telefónicas y repertorios telefónicos.

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 la Entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** y a Don **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