



Expediente Nº: E/04381/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL) en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 24/06/2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.**, en lo sucesivo el denunciante, en el que manifiesta que sus datos personales, en particular su número de teléfono móvil, se han publicado en algunos directorios telefónicos como INFOBEL, HIBU y KAIXO, y formula denuncia contra las entidades responsables de los directorios mencionados y contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL), en lo sucesivo ORANGE, con la que contrató dicha línea de telefonía móvil, por la cesión de tales datos a terceros sin su consentimiento. Según manifiesta, el número que se publica es la línea móvil **C.C.C.**, que está asociada a una línea fija no publicada en guías.

Añade que, con fecha 16/06/2016, solicitó la cancelación de sus datos ante su operador JAZZTEL, mediante una llamada de teléfono al número 1565.

Con su denuncia aporta la siguiente documentación:

Copia impresa de la publicación de sus datos (nombre y apellidos, dirección y teléfono móvil) en infobel.com, a fecha 16/06/2016.

Copia impresa de la publicación de sus datos (nombre y apellidos, dirección y teléfono móvil) en PáginasBlancas.es, a fecha 17/06/2016.

Copia impresa de la publicación de sus datos (nombre y apellidos, dirección y teléfono móvil) en Kaixo.com, a fecha 17/06/2016. Los datos accedidos corresponden al repertorio "Páginas Blancas", al que se accede mediante un enlace insertado en kaixo.com.

El denunciante aportó copia de las Condiciones Generales del contrato de abonado a los servicios móviles prestados por JAZZTEL, en las que no figura ninguna indicación relativa a la publicación de los datos del abonado en guías.

Posteriormente, con fecha 17/08/2016, el denunciante aportó copia de la primera hoja del contrato suscrito con JAZZ TELECOM S.A.U, para la línea **C.C.C.**, sin fecha y sin firma del titular del contrato. En dicho documento se solicita la portabilidad de dicha línea, que el denunciante tenía suscrita con el operador DIA.

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, recibiendo la siguiente información de la entidad ORANGE:

1. Aportó copia impresa de los datos que constan en sus ficheros relativos al denunciante



- como titular de las líneas de teléfono **B.B.B.** y **C.C.C.**, con fecha de alta 03/07/2002 y 16/10/2012, respectivamente. Ambas líneas figuran marcadas con la opción “NO” en el “Servicio de Directorio” y “Cesión a Terceros” (no consta la fecha en que se marcaron).
2. Aportó copia del contrato correspondiente a la línea fija **B.B.B.**, de fecha 03/09/2008, que se cede al denunciante con portabilidad, en el que consta marcada la opción “NO” en el apartado “Deseo aparecer en las guías de abonado y Servicio de Consulta”.
 3. Respecto a la línea móvil **C.C.C.**, ORANGE aportó copia de la grabación de la contratación y de la verificación, en la que se informa al denunciante sobre el tratamiento de sus datos de acuerdo con la LOPD, así como de la posibilidad de solicitar el ejercicio de los derechos ARCO, pero no se solicita al mismo autorización para la publicación de sus datos en directorios de abonados.
 4. Según manifiesta ORANGE, los datos del denunciante fueron comunicados a la CNMC en la actualización del Servicio de Directorio dándose de alta en el servicio de emergencias.
 5. Respecto a las fechas en que los datos relativos a la línea **C.C.C.** fueron comunicados a la CNMC y fueron excluidos, la compañía no ha dado contestación, indicando únicamente que con fecha 16/06/2016, a solicitud del cliente se marcaron las opciones de no recibir publicidad por ningún medio.
 6. Aportan copia de un registro de fecha de extracción 11/10/2016, de los ficheros de carga para la remisión de la información a la CNMC, en los que consta, asociado al número de teléfono **C.C.C.**, la opción “0” en los campos “Consentimiento Guías Consulta” y “Venta Directa Publicidad”. Según la información que aportan, el valor “0” significa que “No permite que sus datos figuren en guías consulta”.

Por otra parte, se ha comprobado que los datos asociados al número de teléfono **C.C.C.**, figuraban publicados en los repertorios de Infobel al menos hasta agosto de 2016. Así mismo, se ha verificado que, a fecha 12/05/2107, ya no constan publicados dichos datos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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).

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

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*” 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 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 (RSU).

A su vez, la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, establece en su disposición decimocuarta, 1, que “*Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público facilitarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los plazos y en el soporte informático que ésta acuerde, los siguientes datos de todos sus abonados: a) Nombre y apellidos, o razón social; b) Número(s) de abonado(s); c) Dirección postal del domicilio; d) Terminal específico que deseen declarar, en su caso*”.

Por otra parte, debe indicarse que la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (actualmente, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) 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. Sistema actualmente regulado por 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 habilitar 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.

De manera que los datos de los abonados que los operadores de telefonía facilitan al SGDA se proporcionan, a su vez, por la CNMC a aquellas entidades que ésta ha habilitado para recibir dicha información.

Entre estas entidades habilitadas se encuentra Telefónica de España, S.A.U., que tiene suscrito un contrato con HIBU por el cual ésta, en calidad de encargada de tratamiento, asume el compromiso de gestionar la guía on line “Páginas Blancas”; y la entidad Kapitol, S.A., responsable de “Infobel”. Por estas razones, no cabe imputar responsabilidad por los hechos denunciados a estas entidades.

III



La presente denuncia se dirige asimismo contra ORANGE, operador telefónico con el que el denunciante tenía contratado el servicio telefónico para la línea **C.C.C.**, por la supuesta cesión de sus datos personales, sin su consentimiento, para la publicación en guías.

Ha quedado acreditado en el expediente que los datos personales del denunciante asociados a la línea **C.C.C.** estaban publicados en repertorios telefónicos al menos hasta agosto de 2016 y que, en fecha 12/05/2017 el resultado de la búsqueda efectuada por la Inspección de la Agencia en guías introduciendo los datos del abonado fue negativo.

Como hemos indicado en el Fundamento precedente el R.D. 424/2005 estaba vigente cuando acontecieron los hechos que nos ocupan. El artículo 67.2 de este Reglamento disponía:

“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)._____

El citado precepto establecía que 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, la LGT, que ha entrado en vigor después de que hubieran acontecido los hechos sobre los que versa la denuncia, reconoce el derecho de los abonados a no figurar en guías.

Así, la L.G.T. establece en el artículo 48.3 lo siguiente:

“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)

La actual normativa no requiere, pues, que el operador obtenga el consentimiento del abonado para comunicar sus datos a la CNMC al objeto de que se publiquen en guías, sino que se limita a reconocer a los abonados el derecho a que sus datos no figuren en guías.



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 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".

En consonancia con la norma constitucional, la Ley Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 26.2 establece que "*Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición*".

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 General de Telecomunicaciones 9/2014, al ser esta norma más beneficiosa para la entidad responsable de la cesión que las normas de la Ley 32/2003, que estaban vigentes cuando alguna de las operadoras mencionadas (ORANGE o DIA: el denunciante contrató la línea **C.C.C.** con DIA y posteriormente solicitó la portabilidad a JAZZTEL, actualmente ORANGE) cedió los datos del denunciante al SGDA de la CNMC a fin de que fueran publicación en guías.

Debe tenerse en cuenta, además, que la aplicación del principio de retroactividad *in bonam partem* obliga a valorar la conducta que se denuncia a la luz de las disposiciones actualmente vigentes, normativa integrada por el artículo 48.3.c) de la Ley 9/2014, LGT, que reconoce a los abonados el derecho a no figurar en 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 sus datos en las guías.

En el presente caso, con independencia de cuál sea la entidad responsable de la cesión, lo cierto es que, a la luz de la nueva regulación introducida por la Ley General de Telecomunicaciones 9/2014 (LGT), ninguno de los operadores – ORANGE y DIA- estarían sujetos a responsabilidad sancionadora por la cesión inconsentida sobre la que versa la denuncia.

A este respecto debemos destacar que el denunciante no ha aportado a la AEPD ninguna prueba o indicio razonable del que pueda inferirse que comunicó a su operador telefónico ORANGE que no deseaba que sus datos personales fueran objeto de publicación en guías telefónicas. A lo que se añade que los datos fueron cancelados cuando lo solicitó el denunciante.

Siendo lo relevante, a efectos de determinar si la conducta de ORANGE sobre la que versa la denuncia vulnera el artículo 48.3.c, de la LGT –único precepto a tomar en consideración merced al ya citado principio de retroactividad de la disposición sancionadora más favorable- la



circunstancia de que el denunciante hubiera comunicado a esa entidad que no deseaba que sus datos fueran objeto de publicación en guías, habida cuenta de la falta de pruebas o indicios razonables acerca de que tal comunicación se hubiera producido, corresponde acordar el archivo de la presente denuncia.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL) y a D. **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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos