



Procedimiento nº.: E/00903/2014

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00842/2014

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **A.A.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/00903/2014 y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 2 de octubre de 2014 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) dictó resolución en el expediente de actuaciones previas de inspección E/00903/2014, procediendo al archivo de las actuaciones en aplicación de los principios de retroactividad de la disposición sancionadora más favorable - que obliga, en el presente caso, a aplicar el artículo 48.3.c de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones- y de presunción de inocencia.

Dicha resolución fue notificada al denunciante en fecha **8 de octubre de 2014**, como lo acredita el acuse de recibo que obra en el expediente.

SEGUNDO: **A.A.A.** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha **7 de noviembre de 2014** recurso de reposición que tuvo entrada en el Registro de la AEPD el 11 de noviembre de 2014.

El recurrente declara no compartir la interpretación normativa que hace la resolución impugnada y esgrime los siguientes argumentos jurídicos: La LOPD está vigente en la actualidad y tipifica en el artículo 44.3.k *“una conducta que consta plenamente acreditada en el expediente; cual es que Hibu Connect SAU publicó mis datos personales en la guía telefónica Páginas Blancas, sin mi consentimiento expreso. Datos que, según le ha manifestado la propia empresa, le fueron CEDIDOS POR ORANGE.”* Rechaza la interpretación del artículo 48.3 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, que se hace en la resolución que se recurre *“en el sentido de concluir que ya no es necesario que se pida el consentimiento expreso del usuario”* y afirma: *“Sin embargo, el Real Decreto 424/2005, (...) cuyo artículo 67.2 sí exige dicho consentimiento, haciendo recaer sobre la compañía la carga de la prueba de su existencia, continúa en vigor”*. Afirma taxativamente que este Real Decreto no ha sido derogado por la Ley 9/2014 y reproduce la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley a la que se remite.

Seguidamente añade que *“el artículo 48.3 LGT debe interpretarse, al menos mientras el RD 424/2005 siga en vigor, en consonancia con el artículo 67.2 del citado RD, que exige el consentimiento expreso del abonado para que sus datos sean incluidos en algún tipo de guía”*. *“No cabe una interpretación distinta, resultando la que se realiza por el Director de la Agencia contraria a la legalidad”*.

En consideración a tales argumentos solicita que la AEPD sancione a las empresas denunciadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En respuesta a los argumentos que esgrime el recurrente cabe indicar lo siguiente:

En relación a la afirmación de que la LOPD está vigente en la actualidad y tipifica en el artículo 44.3.k *“una conducta que consta plenamente acreditada en el expediente; cual es que Hibu Connect SAU publicó mis datos personales en la guía telefónica Páginas Blancas, sin mi consentimiento expreso. Datos que, según le ha manifestado la propia empresa, le fueron CEDIDOS POR ORANGE”* procede indicar que la LOPD dispone en el artículo 44.3.k: *“Son infracciones graves (...) k) La comunicación o cesión de datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave”*. (El subrayado es de la AEPD)

En la descripción de la conducta típica el artículo 44.3.k de la LOPD se refiere a la ausencia de legitimación para comunicar los datos de carácter personal. El artículo 11 de la LOPD establece que *“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo 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”*. Y en su apartado 2 dispone: *“El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión esté autorizada por una ley”*.

Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones (LGT) se ocupa en su artículo 48.3 de *“la protección de datos personales y privacidad en relación con las guías de abonados”* y reconoce a los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas el derecho *“A figurar en guías de abonados”* (apartado a) y *“A no figurar en las guías o a solicitar la omisión de alguno de sus datos, en la medida en que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía que haya estipulado el proveedor”* (apartado b).

Así las cosas, la LGT habilita la cesión de datos personales de un abonado para el servicio de guías telefónicas al configurar como un derecho de los abonados la publicación de sus datos en guías salvo que ejerzan su derecho a no figurar en éstas.

Paralelamente, la *Disposición* Transitoria primera de la Ley 9/2014 establece que *“Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad*



a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”.

La norma del artículo 67.2 del R.D. 424/2005, que el recurrente considera que es de aplicación a los hechos que denuncia y que exige el consentimiento expreso del abonado para que sus datos sean *incluidos* por vez primera en algún tipo de guía, se opone claramente a lo preceptuado por la Ley 9/2014 en su artículo 48.3.c, de ahí que, de conformidad con la Disposición Transitoria primera – a sensu contrario- se estime actualmente derogada sin necesidad de esperar al desarrollo reglamentario de la citada Ley 9/2014.

Por lo que respecta a las restantes cuestiones planteadas por el recurrente fueron ya analizadas en la resolución impugnada a cuyos Fundamentos Jurídicos II y III nos remitimos:

<< 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” 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 tales entidades se encuentra Telefónica de España, S.A.U., (en adelante TDE) que fue habilitada por la CNMC para elabora guías de ámbito nacional.

TDE 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 para lo que TDE le proporciona, en el marco del citado contrato, los ficheros descargados de la CNMC con los datos de los abonados.

De lo anterior resulta que HIBU no es titular de la guía Páginas Blancas -condición que el denunciante le atribuyó en su escrito de denuncia- pues su titular es TDE, siendo ella únicamente la encargada de tratamiento que gestiona la guía on line y confecciona las guías en soporte papel en nombre de la responsable del fichero, TDE.

La actuación de la denunciada HIBU se ha circunscrito a cumplir las obligaciones que derivan del contrato de encargo de tratamiento celebrado con TDE y, en el marco de éste, ha sido respetuosa con la normativa de protección de datos como lo demuestra que haya atendido los derechos de cancelación y acceso que el denunciante ejerció ante ella. Así, está acreditado que la entidad comunicó al denunciante, en escrito de fecha 05/11/2013, que había procedido a cancelar sus datos que figuraban en los ficheros y en escrito de fecha 28/11/2013 le informó que sus datos personales publicados en Páginas Blancas on line provenían de su operador "ORANGE".

Razones que demuestran la total **ausencia de responsabilidad de HIBU** en los hechos que nos ocupan y que conducen a **acordar el archivo de la denuncia formulada contra ella.**

III

La presente denuncia se dirige asimismo contra ORANGE, operador telefónico con el que el denunciante tenía contratado el servicio telefónico para la línea *****TEL.1**, 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 *****TEL.1** estaban publicados en la guía on line de Páginas Blancas en fecha 07/10/2013. En fecha 23/01/2014 el resultado de la búsqueda



efectuado por la Inspección de la Agencia en esa guía introduciendo los datos del abonado fue negativo.

Las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección de la Agencia con el objeto de conocer la identidad del operador telefónico que comunicó al SGDA los datos del denunciante, ORANGE o TDE, tampoco han logrado esclarecer esta cuestión. Por una parte las versiones que sobre los hechos ofrecen cada una de las operadoras son incompatibles entre sí (Para ORANGE no fue ella quien cedió los datos a la CNMC, pues el servicio indirecto que presta no está afectado por el Servicio de Directorio y la línea pertenece a TDE. Para TDE, desde el 25/12/2010, fecha en la que da de baja los datos del denunciante del SGDA de la CNMC no ha vuelto a comunicarlos). Por otra, porque la CNMV no ha respondido al requerimiento informativo de la Inspección.

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:

“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 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 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 TDE) 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 TDE- 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 de la guía Páginas Blancas on line cuando lo solicitó el denunciante sin que se tenga conocimiento de su publicación en otra guía telefónica elaborada por entidades habilitadas por la CNMC.

*En este orden de ideas 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.*

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.>>

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **A.A.A.** contra la resolución de esta Agencia dictada con fecha 2 de octubre de 2014, en el expediente de actuaciones previas de inspección E/00903/2014.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente *resolución* 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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.



José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos