



Procedimiento nº: E/05805/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00642/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por Dña. **C.C.C.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/05805/2016, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 11 de julio de 2017, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/05805/2016, procediéndose al archivo de actuaciones en aplicación del principio de retroactividad de las normas sancionadoras, art. 26.2 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Dicha resolución, fue notificada a Dña. **C.C.C.** en fecha 21/07/2017, según aviso de recibo que figura en el expediente.

SEGUNDO: Como hechos del citado expediente de actuaciones previas de inspección E/05805/2016 quedó constancia de los siguientes:

*<<...**PRIMERO:** Con fecha 1/09/2016 tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **C.C.C.** (en lo sucesivo la denunciante) contra VODAFONE ONO, S.A.U. (en lo sucesivo el denunciado) comunicando que:*

*El denunciado ha cedido sus datos personales (nombre, apellidos, domicilio postal de la vivienda y teléfono fijo **A.A.A.** sin su consentimiento expreso y sin su conocimiento, para la inclusión en la guía telefónica de abonados denominada "páginas blancas" y que tuvo conocimiento de la publicación el 15 de julio de 2016.*

Que es cliente de la operadora VODAFONE ONO, (antes CABLEEUROPA, S.A.U. y AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.U.) desde el año 2006, que en la página web de la operadora consta marcada la opción de que da su consentimiento para "inclusión en guías", pero en ningún momento ha dado su consentimiento expreso para que se activase dicha opción, con fecha de 4 de agosto de 2016 desactivó dicho indicador.

Que realizó reclamación ante la operadora para que le informaran de la fecha de la cesión y de su consentimiento pero le responden indicando que "tratamiento de los datos quería cambiar", sin informarle de su petición. Que no dispone del contrato, ni de solicitud de exclusión de la guía de abonados ya que en ningún momento se le informa al respecto.

Que según la denunciante los hechos tuvieron lugar en el periodo comprendido entre 2006 y el 4 de agosto de 2016.

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:

La denunciante es cliente de la citada operadora con el nº A.A.A. desde el 28 de abril de 2006, según consta en la impresión de pantalla aportada.

Los datos de la denunciante se están informando a las guías telefónicas, al menos, desde marzo de 2009, ya que es el histórico más antiguo del que disponen.

Probablemente porque cuando se dio de alta en VODAFONE ONO, la regulación en materia de repertorios telefónicos no se había modificado y requería un opt-out, es decir, todos los clientes veían incluidos sus datos en estos repertorios, salvo que expresamente comunicaran su voluntad de no incluirlos.

Por otra parte, en el nuevo sistema de inclusión de datos que han adoptado a petición de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones figura que, con fecha 16 de enero de 2016, se envía el alta de dicho número a las guías según consta a continuación:

A.A.A.

En el momento en el que se dio de alta la denunciante en el año 2006, suponen ya que no conservan información, se realizó por televenta, en este caso, después de la llamada y de cerrar la venta, se enviaba con el instalador un pack con las condiciones generales y el formulario de autorización para el tratamiento de datos. En el mismo, se encontraban varios checks que el cliente podía marcar con el fin de dar o denegar sus consentimientos. Uno de estos checks era el relativo a la inclusión de datos en guías. En la actualidad, solo si el cliente lo marca expresamente, sus datos se incluyen en guías.

En el Sistema de Información de la compañía la denunciante consta actualmente que sus datos son privados y por tanto no serán incluidos en repertorios telefónicos, habiendo sido modificados, el día 4 de agosto de 2016, a través de la página web de "guías a No". Con fecha de 6 de agosto de 2016 se envía la baja de dicha línea en guías con el siguiente contenido:

(....)

TERCERO: Dña. **C.C.C.** (en lo sucesivo la recurrente) ha presentado en esta Agencia, recurso de reposición que ha tenido entrada el 7/08/2017, fundamentándolo básicamente en:

<<...Esta Agencia entiende (a mi criterio erróneamente), que es el cliente el que tiene ahora que comunicar con su operador, para solicitarle la exclusión de sus datos personales para la elaboración de dichas guías de abonados, entendiéndolo que ya no es necesario ese "consentimiento expreso" (...)

Tanto los operadores, como la SGDA (controlada por la CNMC), como las entidades habilitadas, tenían la obligación de "informar previamente" a esta Reclamante, de que mis datos personales podían ser cedidos para la elaboración de guías de abonados, según la Orden CTE/711/2002 y la Circular 1/2013, en base al artículo 5 de la LOPD (...)

QUINTA.- Por eso solicito a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, reconsiderar proceder el abrir diligencias para iniciar un procedimiento sancionador, puesto que la operadora Vodafone—ONO si cometió infracción por falta de información PREVIA relativa a la inclusión de mis datos personales en guías de abonados, constituyendo infracción según el artículo 5.1), 5.4) y 11.1) de la LOPD, tipificada como infracción grave en

el artículo 44.3.k) de la misma norma...>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por la recurrente, reiterándose básicamente, en las manifestaciones de su denuncia, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al III ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<...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, establecía 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 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.

III

La presente denuncia se dirige contra el denunciado, operador telefónico con el que la denunciante tiene contratado el servicio telefónico para la línea **A.A.A.**, 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 de la denunciante asociados a la citada línea estuvieron publicados en guías de abonados hasta 2016.

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 Ley General de Telecomunicación 9/2014, de 9 de mayo (L.G.T.), 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 establece:

“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 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público - acoge el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable, estableciendo en el artículo 26.2 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 la entidad denunciada cedió los datos de la 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, a la luz de la nueva regulación introducida por la Ley General de Telecomunicaciones 9/2014 (L.G.T.), la entidad denunciada no estaría sujeta a responsabilidad sancionadora.

Tampoco se aprecia infracción por la falta de información relativa a la inclusión de sus datos en Guías, ya que la vigente L.G.T. que reconoce este derecho, entró en vigor con posterioridad al registro de los datos de la denunciante en Guías.

A este respecto debemos destacar que cuando la denunciante solicitó la exclusión de Guías, el denunciado procedió a comunicar su baja...>>

III

Respecto a la petición de la recurrente, sobre que la Agencia adopte la decisión de iniciar procedimiento sancionador por la vulneración de la obligación de informar que impone el art. 48.3.b) de la LGT, no puede estimarse. Se hace necesario recordar que el denunciante, *“incluso cuando se considere a sí mismo “víctima” de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado (...)* El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora –en este caso, la AEPD- y, por consiguiente, sólo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado.”

En estos términos se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de junio de 2015, en la que recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 9 de junio de 2014), para lo que sí se reconoce legitimación al denunciante es *“para demandar el desarrollo de la actividad investigadora que resulte conveniente para la debida averiguación de los hechos que hayan sido denunciados, pero no para que esa actividad necesariamente finalice en una resolución sancionadora”.*

Añadir a lo razonado que según consta en los hechos, los datos de la recurrente se estuvieron publicando en Guías al menos desde marzo de 2009. El incumplimiento de dicha obligación de informar se tipifica en el art. 78.11 de la LGT como infracción de carácter leve, por lo que en este caso hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 83.1 de la LGT, en lo relativo a la prescripción de las infracciones, que indica que las infracciones leves prescribirán al año. Por ello dado que la posible infracción se produjo sobre marzo de 2009 ha de concluirse que se ha producido la prescripción de la infracción leve denunciada.

IV

Por tanto, dado que, en el recurso de reposición, no se han aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada, procede acordar su desestimación.



Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por Dña. **C.C.C.** contra la resolución de esta Agencia dictada con fecha 11 de julio de 2017, en el expediente de actuaciones previas de inspección E/05805/2016.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a Dña. **C.C.C.**

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, 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos