

815-0419

- **Procedimiento N° PS/00465/2019**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Don **A.A.A.** (en adelante, el reclamante), con fecha 29 de octubre de 2019, interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra TIERRA HOTELERA, S.L., con NIF B11899515 (en adelante, el reclamado). Los motivos en que basa la reclamación son que le llamaron por teléfono con una oferta de 4 noches de hotel a cambio de una relación de 25 personas con nombre y número de teléfono para poder llamarles y ofrecerles promociones. El reclamante declinó la oferta por no facilitar estos contactos. Después de consultar telefónicamente a esta Agencia, el reclamante llamó a la empresa y grabó la llamada. Durante el transcurso de la conversación les preguntó si podría existir algún problema porque les cediera los datos de dichas personas sin tener sus consentimientos, para lo cual le respondieron que no. Indica un enlace para acceder a la grabación y un certificado.

Que según el denunciante tuvieron lugar a fecha de: 12 de diciembre de 2018.

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Certificado emitido por Logalty, S.L. (B-84492891).

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante de los hechos y documentos de los que ha tenido conocimiento esta Agencia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD).

Como resultado de las actuaciones de investigación practicadas, se constata que el responsable del tratamiento es el reclamado.

Asimismo, se constatan los siguientes extremos:

- En la grabación de la llamada telefónica que aporta el reclamante se confirma

que la oferta ofrecida por la reclamada consiste en cuatro noches de hotel gratis a cambio de que el reclamante le ofrezca veinte o veinticinco contactos. A la pregunta realizada por el reclamante si no existe impedimento para que facilite los contactos sin tener consentimiento de los mismos para la cesión, la reclamada responde que no pasa nada, que una vez que ella los llame, si no quieren que se les llame más, tachan sus nombres y números de teléfono.

- Ante el requerimiento de información de la inspección sobre (i) la actividad de campañas de noches de hotel, (ii) documentación enviada a los interesados que hayan contratado alguna oferta, (iii) forma en que recaban el consentimiento de los interesados para el tratamiento de sus datos y (iv) procedimiento para el ejercicio del derecho de supresión de los datos de los interesados, con fecha 29 de octubre de 2019 se recibe en esta Agencia escrito de alegaciones remitido por la reclamada manifestando:
 - a. Que la reclamada es una compañía de venta de bonos de hotel y que una vez realizada la compra, se envía un correo al cliente, con factura de compra adjunta, con un pie indicando el responsable del tratamiento, la finalidad del tratamiento, el procedimiento para ejercer los derechos del interesado, e indicando que se puede ampliar la información sobre la política de privacidad visitando el enlace <https://www.tierrahotelera.es/politica-de-privacidad>
 - b. Que se recaba el consentimiento del interesado durante la locución telefónica por los agentes comerciales donde se informa del origen de sus datos y se solicita consentimiento para poder tratarlos. Además, disponen de un formulario donde se recoge el consentimiento de los interesados.
 - c. Disponen de un protocolo correcto sobre el ejercicio de derechos recogiendo instrucciones precisas sobre la actuación a seguir por el personal de la reclamada en diversas situaciones y para cada uno de los derechos del interesado.

Y adjuntan:

- Solicitud de consentimiento.
- Protocolo con las instrucciones para atender los derechos de los interesados
- Modelo formal para atender la solicitud de supresión

No se ha podido constatar si informan a los interesados sobre el origen de los datos ya que no tenemos una grabación de una conversación telefónica realizada a un interesado donde sus datos se hubieran obtenido de un tercero, y tampoco se ha podido averiguar la funcionalidad del formulario en papel donde se recoge este consentimiento ya que la reclamada no indica en qué momento se utiliza o bajo qué circunstancia. En todo caso, este formulario podría entregarse al cliente junto con los bonos de hotel, pero si es así, la contratación y el tratamiento ya estarían realizados.

TERCERO: Con fecha 26 de diciembre de 2019, la Directora de la Agencia Española

de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, por la presunta infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

CUARTO: Con fecha 14 de enero de 2020, se recibieron alegaciones de TIERRA HOTELERA, S.L., en las que señalan lo siguiente:

<<Sobre la licitud del tratamiento de datos para operaciones de promoción y mercadotecnia.

Esta sociedad ha tratado datos con la finalidad de promoción y mercadotecnia de forma lícita, pues dicho tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos de esta sociedad, sin que sobre dicho tratamiento prevalezcan los intereses por los derechos y libertades fundamentales de los interesados. La causa que legitima dicho tratamiento es la prevista en el artículo 6.1.f del Reglamento General de Protección de Datos.

El objeto de la sociedad es la intermediación y venta de paquetes hoteleros y de alojamiento, y para el desarrollo de su objeto realiza campañas en las que ofrece a potenciales clientes la contratación de reservas de hotel a precios muy competitivos y con promociones.

En ocasiones se ofrecen campañas a clientes en las que se ofrecen como promoción el disfrute de cuatro noches de hotel a precio promocional a cambio de recomendar la promoción a contactos del interesado.

En algunas ocasiones clientes de la empresa han facilitado datos de contacto de personas de su ámbito familiar o de amistad, pues han considerado que los servicios ofrecidos por esta empresa son de interés para sus familiares o allegados.

Los datos facilitados por estos clientes de la empresa, son solo el nombre y número de teléfono, y son tratados para satisfacer el interés legítimo de promover la venta de los productos que comercializa la empresa.

Previo al tratamiento de los datos se ha realizado un análisis de la licitud del tratamiento llegándose a la conclusión de que el tratamiento es lícito al amparo de la causa de licitud prevista en el artículo 6.1.f del Reglamento General de Protección de Datos.

Como se ha dicho el tratamiento es lícito porque se realiza para satisfacer un interés legítimo de la empresa, la comercialización de productos turísticos, se realiza porque es necesario y proporcionado para satisfacer dicho interés y, además, el impacto negativo sobre los intereses y derechos de los interesados es nulo o prácticamente nulo.

Se acompaña el acta de análisis de riesgo realizado antes de la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos.

Los datos obtenidos de terceros, solo nombre y teléfono, se tratan solo y exclusivamente en soporte papel, de forma que se recogen de forma verbal y se transcriben a una hoja de datos, no incorporándose a ficheros en soporte informático salvo que el interesado consienta su tratamiento o se traten para la contratación de servicios o pro-

ductos comercializados por esta empresa.

En la primera y única comunicación que esta empresa mantiene con los interesados cuyos datos han sido obtenidos de terceros, que se realiza exclusivamente por teléfono, se informa al interesado en los términos previstos en el artículo 14 del Reglamento General de Protección de Datos, mediante la lectura por el operador, que previamente ha sido formado e instruido sobre el procedimiento a seguir, de un documento en el que constan la siguiente información:

- *Fuente de la que proceden los datos personales.*
- *La identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento*
- *Que los datos objeto del tratamiento son solo y exclusivamente el nombre y el número de teléfono.*
- *Que el fin del tratamiento es la de la comercialización de productos turísticos y ofrecerle los servicios y productos que comercializa la empresa, que la legitimación del tratamiento deviene de la necesidad de satisfacer intereses legítimos del responsable del tratamiento es del interés legítimo presente la comercialización de productos turísticos.*
- *Que los datos no serán cedidos a terceros salvo consentimiento expreso del interesado, solo en el caso de contratación de los servicios o productos comercializados.*
- *Que los datos se utilizarán exclusivamente para la realización de la llamada y que no se conservarán si no contrata productos o servicios comercializados por la empresa.*
- *La existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, y a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos y a presentar una reclamación ante una autoridad de control.*
- *Que los derechos pueden ejercitarse mediante comunicación escrita dirigida al responsable del tratamiento cuyos datos de contacto son los facilitados y que además constan en la página web www.tierrahotelera.com, así como que puede oponerse al tratamiento con fines publicitarios o interesar la supresión de los datos manifestándolo en la misma conversación telefónica.*
- *En caso de que el interesado manifieste su oposición al tratamiento se le informa de que en ese mismo momento se procede a la supresión de los datos*

En el caso de que el interesado decida contratar algún producto o servicio, se le informa de que sus datos van a ser objeto de tratamiento con la finalidad de formalización del contrato, de que la licitud del tratamiento deviene de su necesidad para la formalización y ejecución del contrato en el que el interesado será parte y de las demás circunstancias previstas en el artículo 13 del Reglamento General de Protección de Datos.

En el caso de que se perfeccione la contratación de productos o servicios se remite la información completa por correo electrónico acompañada al escrito presentado por esta parte al requerimiento de información planteado por esa Agencia.

En el caso de que el interesado no contrate producto o servicio alguno se le solicita el consentimiento llamarle más adelante y tratar sus datos con fines publicitarios informándole de todas las circunstancias del tratamiento que se pretende. En el caso de que no preste el consentimiento o manifieste que se opone al tratamiento de sus datos o pide su supresión, los datos son inmediatamente suprimidos.



Los datos del reclamante han sido suprimidos.

Previamente al tratamiento de los datos para la realización de las llamadas se consulta por esta empresa la Lista Robinson para evitar la realización de llamadas de contenido publicitario a interesados que haya manifestado su deseo de no recibir llamadas publicitarias, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

El tratamiento de datos obtenidos de terceros para la realización de campañas de publicidad o mercadotecnia es reconocido como lícito conforme a lo establecido en los considerandos 47 y 70 del Reglamento General de Protección de Datos, y en el caso de esta empresa se ha realizado previamente al inicio del tratamiento un análisis de licitud del tratamiento y la comprobación de que está legitimada para el tratamiento y de que los posibles efectos negativos del tratamiento sobre los derechos e intereses del interesado son nulos o mínimos, dado que los datos tratados son exclusivamente nombre y número de teléfono, que el único tratamiento que se realiza es su recogida y la realización de una llamada telefónica y que una vez realizada dicha llamada telefónica, en la que se solicita el consentimiento para el tratamiento de los datos, si el interesado no presta su consentimiento o manifiesta su deseo de que sus datos no sean tratados por el responsable, los datos son suprimidos

Sobre la propuesta de sanción:

El acuerdo de inicio de procedimiento sancionador que ha sido notificado a esta parte se indica que la sanción que pudiera corresponder a esta empresa sería de 20.000 € sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

Esta parte, con independencia de que considera que no ha cometido infracción alguna que la haga merecedora de sanción, pues, como se ha dicho antes, el tratamiento que motiva la incoación del expediente es lícito, entiende que en cualquier caso una sanción por importe de 20.000 € sería desproporcionada por los motivos que a continuación se indican.

El tratamiento objeto del procedimiento sancionador se ha realizado tras llevar a cabo un análisis de la licitud de tratamiento, en el que se ha concluido que es legítimo el tratamiento de datos personales obtenidos de terceros con fines publicitarios, pues responde a la necesidad de satisfacer un interés legítimo del responsable del tratamiento y que, además, el impacto negativo sobre los intereses y derechos de los interesados es nulo o prácticamente nulo.

Se ha seguido en el tratamiento un protocolo para cumplir los preceptos de la normativa de protección de datos aplicable, y se ha instruido al personal de la empresa sobre la forma en que debe realizarse tratamiento de informar al interesado.

Se ha informado a los interesados de todas las circunstancias previstas en el artículo 14 del Reglamento General de Protección de Datos de la forma en el mismo establecida.

Los datos objeto de tratamiento son solo el nombre y el teléfono. No se han



tratado categorías especiales de datos personales ni datos de menores de edad.

El tratamiento se ha realizado durante un periodo mínimo de tiempo habiéndose suprimido los datos si el interesado no presta el consentimiento para el tratamiento futuro en los términos que se le han expuesto o se opone al tratamiento o solicita que sus datos sean suprimidos.

Los datos no han sido tratados sin utilización de nuevas tecnologías.

El tratamiento ha afectado a un número mínimo de interesados a los que no se ha causado daño ni perjuicio alguno. El único perjuicio que puede causarse con el tratamiento consistiría en una pequeña molestia del interesado por la recepción de una llamada telefónica, que en ningún caso se haría fuera de un horario comprendido entre las diez y las quince horas.

El tratamiento objeto del procedimiento no ha reportado beneficio alguno a esta sociedad.

Esta sociedad es una empresa que muy pequeña dimensión cuyo capital social este entre 3.010 €.

La sociedad ha depositado sus cuentas anuales todo los ejercicios a excepción de las del ejercicio 2018, en el que tuvo pérdidas por importe de 2.878,76 €. Se acompaña nota del Registro Mercantil y copia del impuesto de sociedades de 2018.>>

QUINTO: La entidad Tierra Hotelera acompaña el protocolo de llamada a potenciales clientes para ofrecimiento de productos y servicios cuando sus datos han sido obtenido de terceros, que es el siguiente:

<<Buenos días/tardes D./Dña NOMBRE DEL POTENCIAL CLIENTE

1. *Le llamamos desde TIERRAHOTELERA SS, que tiene su domicilio en Jerez de la Frontera, Calle Guatemala. Edificio Andalucía, 2, 1º, Local 6 teléfono 956 180 504 y página web www.tierrahotelera.es*
 2. *Le llamamos porque nos ha facilitado su número de teléfono D. NOMBRE DEL CLIENTE QUE FACILITA LOS DATOS DE CONTACTO que nos ha comunicado que pueden interesarle los productos y servicios que queremos ofrecerle.*
 3. *Le informo que esta llamada puede ser grabada y que se grabará en el caso de que acepte cualquiera de las ofertas que queremos trasladarle. ¿Acepta que grabemos esta conversación y que continúe con la información que queremos transmitirle?*
- 0 *Si la respuesta es positiva continuar con los siguientes puntos del protocolo*
- 0 *Si la respuesta es negativa. Responder: Disculpe que le hayamos llamado, le informo de que sus datos van a ser suprimidos en este momento. Gracias por su atención y que tenga buenos días / tardes.*

1. *Que los datos que disponemos de Ud son solo su nombre y el número de teléfono al que estamos llamándole.*
2. *Estos datos son objeto de tratamiento con la finalidad de la comercialización de productos turísticos y de ofrecerle los servicios y productos que comercializa la empresa.*
3. *La legitimación del tratamiento deviene de la necesidad de satisfacer intereses legítimos del responsable del tratamiento como es la comercialización de productos turísticos y realizarle la oferta que le transmitiremos si nos lo autoriza.*
4. *Los datos no serán cedidos a terceros salvo que Ud. preste expresamente su consentimiento y solo en el caso de contratación de los servicios o productos comercializados por nosotros.*
5. *Los datos objeto del tratamiento se utilizarán exclusivamente para la realización de esta llamada y no se conservarán si no contrata productos o servicios comercializados por la empresa.*
6. *Tiene derecho a solicitarnos el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, y a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos y a presentar una reclamación ante una autoridad de control.*
7. *Los derechos puede ejercerlo mediante comunicación escrita dirigida al responsable del tratamiento cuyos datos de contacto son los facilitados y que además constan en la página web www.tierrahotelera.com, así como que puede oponerse al tratamiento con fines publicitarios o interesar la supresión de los datos manifestándolo en la misma conversación telefónica.*
8. *En caso de que nos manifieste su oposición al tratamiento que estamos realizando de sus datos se le informa de que en este mismo momento se procede a la supresión de los datos.*
9. *¿Me permite que le traslademos la oferta que tenemos para Ud?*
- 0 *En caso de que la respuesta sea positiva trasladar la oferta vigente en el momento de la comunicación*
- 0 *Si la respuesta es negativa pedir permiso para llamarle más adelante con la siguiente locución:*
- 0 *“Quizás le pueda interesar que le llamamos más adelante, en ese caso le pedimos su consentimiento para tratar sus datos personales con la finalidad de mantenerle informado de promociones y ofertas y le informamos que los datos no se cederán a terce-*



ros, que se conservarán hasta el momento en que Ud. nos indique que ha decidido que cesemos en el tratamiento, que tiene los derechos que le he numerado antes y que puede consultar la información adicional y detallada sobre Protección de Datos en la Política de Privacidad de nuestra web: <https://www.tierrahotelera.es/politica-de-privacidad>”

- ¿Da Ud. su consentimiento?
- Si la respuesta es negativa responder: *Disculpe que le hayamos llamado, le informo de que sus datos van a ser suprimidos en este momento. Gracias por su atención y que tenga buenos días / tardes.*
- 10. *En el caso de que se decida por el interesado la contratación de algún producto o servicio de los ofrecidos hay que solicitarle los siguientes datos e informar de que son necesarios para la contratación:*
 - Nombre y apellidos o DNI o Dirección completa o Dirección de correo electrónico o Número de teléfono fijo
 - Número de teléfono móvil
- 1. *Informar de las siguientes circunstancias:*
 - Los datos que nos ha facilitado van a ser tratados por TIERRAHOTELERA SL con la finalidad de formalización y ejecución del contrato
 - La legitimación del tratamiento deriva de la relación contractual formalizada.
 - Los datos se comunicarán a touroperadores y titulares instalaciones hoteleras y de alojamiento con la finalidad de cumplimiento y ejecución del contrato. En ningún caso se cederán datos a terceros para finalidades diferentes a las descritas en este documento.
 - Tiene los derechos que de los que hemos informado antes. Puede consultar la información adicional y detallada sobre Protección de Datos en la Política de Privacidad de nuestra web: <https://www.tierrahotelera.es/politica-de-privacidad>
 - Esta información junto con copia se la enviaremos a la dirección de correo electrónico que nos ha facilitado, junto con la factura de los servicios contratados

Despedida: Gracias por su atención y que tenga buenos días / tardes.>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Don **A.A.A.** recibió una llamada telefónica de TIERRA HOTELERA, S.L., ofreciéndole 4 noches de hotel a cambio de una relación de 25 personas con nombre y número de teléfono para poder llamarles y ofrecerles promociones. El reclamante declinó la oferta por no facilitar estos contactos. Después de consultar a esta Agencia, el

reclamante llamó a la empresa y grabó la llamada. Durante el transcurso de la conversación les preguntó si podría existir algún problema porque les cediera los datos de dichas personas sin tener sus consentimientos, para lo cual le respondieron que no. Indica un enlace para acceder a la grabación y un certificado.

SEGUNDO: Posteriormente, el reclamante llamó a la empresa y grabó la llamada. Durante el transcurso de la conversación les preguntó si podría existir algún problema porque les cediera los datos de dichas personas sin tener sus consentimientos, para lo cual le respondieron que no. Aporta la grabación y un certificado de la misma.

TERCERO: Tierra Hotelera, S.L., recoge en papel el nombre y teléfono de las personas cuyos datos facilita un tercero. Comprueba si está en Lista Robinson, y si no lo está le llama.

CUARTO: Al llamarle, le informa del origen de sus datos y de la información establecida en el artículo 13 y 14 del RGPD. Si no desea información, borran los datos de inmediato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer las sanciones establecidas por la vulneración de los derechos de los usuarios finales, reconocidos en el artículo 48 de la citada LGT.

II

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), (en lo sucesivo RGPD), la Agencia Española de Protección de Datos es competente para desempeñar las funciones que se le asignan en su artículo 57, entre ellas, la de hacer aplicar el Reglamento y promover la sensibilización de los responsables y los encargados del tratamiento acerca de las obligaciones que les incumben, así como tratar las reclamaciones presentadas por un interesado e investigar el motivo de las mismas.

III

El artículo 95 del RGPD, referido a la relación con la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las

comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), establece lo siguiente:

El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE.

Con carácter general, si una persona física no desea recibir llamadas comerciales o publicitarias de carácter promocional debe dirigirse, previamente, a la persona física o jurídica, sea o no cliente de la misma, identificándose como titular de la línea telefónica en la que no desea recibir llamadas comerciales y, manifestada dicha oposición, sus datos personales no podrán ser utilizados con dicha finalidad.

Tanto el RGPD como la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) regulan el derecho de oposición.

De conformidad con lo señalado en el apartado 1 del artículo 21 del RGPD, el responsable del tratamiento estará obligado a dejar de tratar los datos personales del interesado que se haya opuesto por motivos relacionados con su situación particular, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. Es decir, será el responsable del tratamiento el que tenga la carga de acreditar que sus intereses prevalecen sobre los del interesado.

En el apartado 2 del artículo 21 se establece que, cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.

Y en el apartado 3 se determina que cuando el interesado se oponga al tratamiento de sus datos con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

El artículo 18 de la LOPDGDD, referido al “Derecho de Oposición”, remite específicamente al articulado del RGPD.

Debe también tenerse en cuenta que el artículo 23 de la LOPDGDD establece en cuanto a los sistemas de exclusión publicitaria, que será lícito el tratamiento de datos personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quien se hubiesen opuesto a recibirlas, de modo que se podrán conservar parte de los datos en sistemas de exclusión publicitaria que deberán ser previamente consultados por quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, para que se puedan excluir a aquellos afectados que manifestasen su oposición.

IV



Sentado lo anterior, la conducta objeto de reclamación, consistente en la realización de llamadas comerciales efectuada por una persona jurídica a terceros (el reclamante no facilitó esos datos de terceros), podría vulnerar el artículo 48 de la LGT.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, dedica el Capítulo V del Título III a los “Derechos de los usuarios finales” y les otorga, entre otros, el derecho a oponerse a las llamadas no deseadas con fines publicitarios o comerciales. Así, el artículo 48.1.b) de la LGT, bajo la rúbrica “Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados”, dispone:

“1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

a) (...)

b) *A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho.* (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

En el Anexo II de la LGT se recogen, entre otras, las siguientes definiciones:

“Abonado: cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios.”

“Usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.”

“Usuario final: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.”

En el presente supuesto, de lo actuado no se desprenden elementos de prueba, ni tan siquiera a nivel indiciario, de que, con anterioridad a la recepción de las llamadas analizadas, los destinatarios de las mismas hubieran manifestado ante el reclamado su oposición a la recepción de llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, de forma que quedase constancia de esta oposición y pudiese acreditarse tal oposición. El ejercicio de los derechos es personalísimo, debiendo efectuarse por el afectado o por quien le represente.

El derecho de oposición está expresamente previsto, en particular, en la normativa específica de telecomunicaciones, respecto de las llamadas telefónicas no deseadas con fines de comunicación comercial. Con carácter general, si no desea recibir llamadas comerciales de carácter promocional puede dirigirse a la entidad promocionada, sea o no cliente de la misma, identificándose como usuario de la línea telefónica en la que no desea recibir las llamadas y manifestándole su negativa u oposición al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios.

Si sus datos personales identificativos figuran en las guías de telecomunicaciones disponibles al público, también puede ejercitar sus derechos ante el operador que le presta el servicio de telefonía, para que le excluya de los ficheros que emplean las entidades autorizadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para elaborar las guías de abonados o bien para que se haga constar en los mismos su oposición al tratamiento comercial de los datos. De la misma forma, puede solicitar la omisión en las guías de algunos de sus datos.

Los afectados también pueden registrar sus datos en sistemas de exclusión publicitaria como el gestionado por la Asociación Española de Economía Digital (www.listarobinson.es), con objeto de limitar la publicidad de las empresas adheridas que no hayan obtenido directamente del afectado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios o con las que el afectado no mantenga o no haya mantenido ninguna relación comercial, resultando eficaz transcurridos tres meses desde la fecha de la inscripción. La reclamada expone que cruza los datos de los potenciales receptores de sus ofertas con la Lista Robinson, como figura en su protocolo de actuación.

Lo anteriormente expuesto, ha de conectarse con la vigencia en nuestro Derecho Administrativo sancionador del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, de modo que 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 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.

El Tribunal Constitucional (SSTC 131/2003 y 242/2005, por todas) se ha pronunciado en ese sentido al indicar que una de las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia es que la sanción esté fundada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta imputada y que recaer sobre la Administración pública actuante la carga probatoria de la comisión del ilícito administrativo y de la participación en él del denunciado.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece como uno de los principios de la potestad sancionadora el de la “Responsabilidad”, determinando al respecto que:

“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

Igualmente, se debe tener en cuenta lo que establece el artículo 53.2 la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que: *“Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables, tendrán los siguientes derechos: (...) b) A*

la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”.

Con arreglo a lo previsto en los preceptos anteriormente citados, procede acordar el archivo de este procedimiento sancionador al no estimarse probado que por parte del reclamado se haya vulnerado el derecho de los receptores de las llamadas publicitarias, en su condición de usuario final de los servicios de comunicaciones electrónicas, según lo dispuesto en el artículo 48.1.b) de la LGT.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: ARCHIVAR el procedimiento sancionador instruido a **TIERRAHOTELERA, S.L.** con NIF **B11899515**, por una presunta infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **TIERRAHOTELERA, S.L.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.6 de la LOPDGDD), 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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí



Directora de la Agencia Española de Protección de Datos