



Procedimiento nº.: PS/00130/2017

**ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00760/2017**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS S.L.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00130/2017, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 11 de septiembre de 2017, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00130/2017, en virtud de la cual se imponía a la entidad GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS S.L., una sanción de 30.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) en relación con lo dispuesto en el artículo 49.4 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, (en lo sucesivo RLOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00130/2017, quedó constancia de los siguientes:

**<<HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** Con fechas 17 de agosto y 24 de noviembre de 2015 Don **A.A.A.** (el denunciante) presentó denuncia ante la AEPD manifestando que continuaba recibiendo llamadas telefónicas comerciales de JAZZTEL (en la actualidad ORANGE) en la línea de teléfono fija **\*\*\*TLF.1** de su titularidad, no obstante que dicho número de teléfono figuraba inscrito en el fichero común de exclusión de Lista Robinson de la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL) desde el 20/02/2015 y de que, además, con fecha 29/06/2015 había ejercido ante dicho operador de telefonía su derecho de oposición al tratamiento de la mencionada línea con fines comerciales. (folios 1 al 16 y 9 al 13)

**SEGUNDO:** Consta acreditado que con fecha 20 de febrero de 2015 el denunciante inscribió de alta la línea **\*\*\*TLF.1** en el servicio de Lista Robinson de ADIGITAL (folios 5 y 11)

**TERCERO:** Con fecha 29 de junio de 2015 el denunciante solicitó a JAZZTEL (ORANGE) "El cese inmediato y permanente de la emisión de llamadas comerciales al número **\*\*\*TLF.1**", así como "La cancelación inmediata de cualquier dato de carácter personal asociado al número **\*\*\*TLF.1**". Con fecha 2 de julio de 2015 JAZZTEL (ORANGE) confirmó al denunciante que se había procedido a la exclusión de sus



datos personales del tratamiento con fines de publicidad o prospección comercial en respuesta a su solicitud de ejercicio del derecho de oposición. (folios 3 al 6)

**CUARTO:** ORANGE ha indicado que en el sistema de Gestión de Robinson de JAZZTEL el número de teléfono del denunciante figura marcado para su exclusión con fines comerciales desde el 20/02/2015. (folios 103 y 104)

**QUINTO:** De la información facilitada por VODAFONE y ORANGE se confirma que en la línea de teléfono **\*\*\*TLF.1** del denunciante se recibieron tres llamadas realizadas con fechas 27/05/2015, 14/08/2015 y 01/09/2015 desde la línea titularidad de CROSSELING nº **\*\*\*TLF.2**. (folios 28, 29, 237 y 238)

**SEXTO:** En las fechas en que se realizaron las llamadas reseñadas en el hecho anterior el denunciante era titular de la línea de teléfono fija **\*\*\*TLF.1**, contratada con la entidad VODAFONE (folios 12, 13, 28 y 380)

**SÉPTIMO:** Consta que en las fechas en que se efectuaron las tres llamadas publicitarias citadas al denunciante, CROSSELING era distribuidor de JAZZTEL (ORANGE), en virtud del "Contrato de Agencia para la distribución de productos particulares" suscrito por ambas entidades con fecha 1 de marzo de 2014. Entre otras estipulaciones, el citado contrato contiene el siguiente clausulado: (folios 85 al 95)

"CLÁUSULAS

#### 1. OBJETO Y RÉGIMEN JURÍDICO

1.1. Por medio del presente Contrato EL AGENTE se compromete frente a JAZZTEL a promover, y en su caso concluir en nombre y por cuenta de esta última la contratación de los servicios definidos en el Anexo 1 (...)

1.2. La promoción de los servicios de JAZZTEL que el AGENTE llevará a cabo en virtud del presente Contrato se realizará, únicamente, en el mercado residencial a través de telemarketing, quedando excluidas del objeto del presente Contrato las ventas que se realicen por cualquier otro canal, por ejemplo y sin limitación, presencial o venta online. (...)

#### 3. CONDICIONES DE COMERCIALIZACIÓN

EL AGENTE únicamente comercializará los productos en las zonas de comercialización que JAZZTEL le indique y/o respecto a la numeración contenida en las bases de datos que JAZZTEL le entregue o bases de datos de numeración que hayan sido previamente filtradas y aprobadas por JAZZTEL. (...)

#### 4. PROHIBICIÓN DE SUBCONTRATACIÓN

4.1. EL AGENTE no podrá subcontratar su actividad, salvo autorización previa y expresa de JAZZTEL que deberá ser formalizada mediante la firma por las tres partes (Jazztel, Agente y Subcontratista) del correspondiente Anexo de Subcontratación. En dicho Anexo se especificarán los servicios objeto de subcontratación, los datos del Subcontratista, así como el resto de premisas recogidas en el artículo 21 del RD 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

4.2. En el caso de que JAZZTEL autorizara la subcontratación, EL AGENTE trasladará a sus Subcontratistas todas las obligaciones que asume en virtud del presente Contrato, y asumirá frente a JAZZTEL toda la responsabilidad derivada de la subcontratación, dejando indemne a JAZZTEL respecto de cualquier reclamación que pudiera surgir como consecuencia de dicha subcontratación.

#### 12. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

12.1 Las Partes cumplirán en todo momento lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999,



de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (la "LOPD") y demás normativa de desarrollo en materia de protección de datos de carácter personal.

12.2 En particular, y en la medida en que EL AGENTE tenga acceso a determinados datos de carácter personal de los clientes de JAZZTEL (los 'Datos'), EL AGENTE, a los efectos de lo previsto en el artículo 12 de la LOPD, se compromete a:

- No aplicar o utilizar los Datos con otra finalidad distinta a la de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente Contrato.
- Tratar los datos únicamente conforme a las instrucciones de JAZZTEL en cada momento.
- No comunicar, ceder ni transferir de ninguna forma a otras personas, ni siquiera para su conservación los Datos y tratarlos de forma confidencial incluso tras la terminación del contrato.
- Implementar las medidas de seguridad que sean exigidas por la normativa aplicable y las instrucciones (...)
- EL AGENTE acuerda cumplir en todo momento con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos así como lo dispuesto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y resto de la normativa aplicable para el envío de comunicaciones comerciales. EL AGENTE será responsable del uso, en la prestación de los servicios relacionados en el presente contrato, de aquellos datos personales a los que haya tenido acceso a través de otras fuentes distintas a JAZZTEL. EL AGENTE se compromete a no utilizar los datos de carácter personal que haya podido tener acceso con otra finalidad distinta a la de dar cumplimiento a lo dispuesto en las actividades a desarrollar en el contrato. (...)
- EL AGENTE se obliga a excluir del tratamiento los datos relativos a aquellas personas que hayan ejercido ante él o, en su caso, el Cliente Final, el derecho de cancelación, rectificación u oposición, o en su caso hayan revocado el consentimiento otorgado en su día. (...)
- En caso de que EL AGENTE requiera la subcontratación de servicios que puedan incluir el acceso a datos personales de los que JAZZTEL sea responsable, deberá obtener autorización escrita de JAZZTEL en tal sentido. Asimismo, EL AGENTE queda obligado a especificar los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y la empresa con la que se va a subcontratar, que el tratamiento de datos por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones de JAZZTEL. Que EL AGENTE y el subcontratista formalicen un contrato que recoja las exigencias comprendidas en el RD 1720/2007 de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

**OCTAVO:** También con fecha 1 de marzo de 2014 JAZZTEL y CROSSELING (EL AGENTE en el contrato) suscribieron un "Anexo de protocolos de actuación en materia de protección de datos y llamadas comerciales" que incluye en sus estipulaciones: (folios 139 al 154)

"Tercera. Obligaciones del Agente

El Agente, durante el tratamiento de los datos de carácter personal de los que Jazztel es responsable, deberá cumplir las siguientes obligaciones: (...)

2. UTILIZACION DE BASES DE DATOS: Jazztel entregará al Agente bases de datos, que podrán utilizarse por el Agente durante el mes en el que se produzca la entrega y los 15 días posteriores a la finalización de dicho mes, salvo que Jazztel indique otro plazo distinto. Pasado dicho plazo el Agente no podrá utilizar dichas bases de datos, salvo autorización expresa de Jazztel...

9. EXCLUSIÓN DEL ENVÍO DE COMUNICACIONES COMERCIALES:

Los “Ficheros de exclusión del envío de comunicaciones comerciales” (en adelante, “Lista Robinson”) están ‘regulados en el artículo 48 del RLOPD, que establece que ‘Los responsables a los que el afectado haya manifestado su negativa a recibir publicidad podrán conservar los mínimos datos imprescindibles para identificarlos y adoptar las medidas necesarias que eviten el envío de publicidad”.

El Agente establecerá los mecanismos necesarios para garantizar que, en ningún momento, se contacte con los interesados que formen parte de la Lista Robinson facilitada por Jazztel en cada momento. En concreto, la gestión y uso de la Lista Robinson de Jazztel se realizará del siguiente modo:

a) Jazztel generará por cada campaña, si así lo considera oportuno, una versión actualizada de su Lista Robinson, que incorporará únicamente los datos mínimos para identificar a los interesados y adaptar las medidas necesarias que eviten el envío de publicidad o el contacto con los mismos.

b) Jazztel enviará al Agente la Lista Robinson, acompañando a la base de datos de clientes potenciales o de modo independiente. En cualquier caso, el Agente no podrá contactar, de modo alguno, con un cliente potencial que figure en la Lista Robinson previamente aportada por Jazztel.

c) El Agente, una vez recibida la Lista Robinson y en el caso de que, previa autorización escrita de Jazztel, vaya a utilizar bases de datos propias para la campaña, deberá previamente al inicio de dicha campaña, cruzar su base de datos con la Lista Robinson aportada por Jazztel.

d) En caso de que se detectaran coincidencias entre la base de datos propia y la Lista Robinson de Jazztel, se deberán eliminar los registros afectados de la base de datos que el Agente vaya a utilizar en la campaña, de forma que resulte imposible contactar con un cliente potencial que resulte estar incorporado en la Lista Robinson aportada por Jazztel.

10. TERCEROS: La información contenida en la base de datos será para uso exclusivo del Agente. Así pues, el Agente no está autorizado para delegar o subcontratar servicios, permitir accesos a la referida información de terceras personas o empresas o consentir cualquier otra actuación que implique el acceso a la base de datos por parte de terceros, sin la previa autorización previa y expresa de Jazztel. (...)

Séptima.- Adaptación del procedimiento de comercialización... Jazztel enviará, con una periodicidad semanal, un fichero actualizado con los usuarios que hubieran ejercitado su oposición. El Agente deberá excluir de forma efectiva e inmediata esos datos de las campañas comerciales efectuadas por cuenta o en nombre de JAZZTEL (...).”

**NOVENO:** Con fecha 1 de enero de 2015 JAZZTEL y CROSSELING (el AGENTE) suscribieron un “Anexo 2015 al contrato de agencia (Canal Telemarketing)”, que incluye en el apartado II lo siguiente: (folios 127 al 136)

“El AGENTE únicamente comercializará los productos respecto a la numeración contenida en las bases de datos que JAZZTEL le entregue. Dichas bases de datos podrán utilizarse por el AGENTE durante el mes en el que se produzca la entrega y los 15 días posteriores a la finalización de dicho mes, salvo que Jazztel indique otro plazo distinto. Pasado dicho plazo el AGENTE no podrá utilizar dichas bases de datos, salvo autorización expresa de JAZZTEL. De este modo, el AGENTE NO podrá utilizar bases de datos propias, salvo que, de forma previa y por escrito, JAZZTEL autorice dicho uso y realice los filtros necesarios sobre la numeración contenida en las mismas. (...)” (folio 130)

**DÉCIMO:** A pesar de la prohibición de subcontratar, con fecha 15 de enero de 2015 CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING (en dicho contrato GLOBAL o SUB-



ENCARGADO DEL TRATAMIENTO), en el que, entre otro, se fijaba el siguiente contenido: (folios 191 al 193)

“Por el presente documento CROSSELING encarga a GLOBAL la subcontratación de servicios de telemarketing/marketing telefónico para dar cobertura al servicio contratado por JAZZ TELECOM, S.A. (en adelante, el CLIENTE) con CROSSELING. Para la debida prestación de estos servicios, el SUB-ENCARGADO DEL TRATAMIENTO tiene que tener necesariamente acceso a datos de terceros facilitados por el CLIENTE.

Por esto, y en cumplimiento de lo que establece el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/199, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el Prestador de Servicios, en su condición de sub-encargado de tratamiento, garantiza a CROSSELING y al CLIENTE que únicamente tratará los datos a los que tenga acceso conforme a las instrucciones dadas por éstos, y que se especifican en el anexo a este contrato. En particular, el Prestador de servicios se compromete a lo siguiente:

- 1) Guardar la más estricta reserva y confidencialitas sobre los datos personales del sistema de información facilitado por el CLIENTE, y a los que acceda con motivo de los servicios prestados a CROSSELING. (...)
- 2) Utilizar los datos personales recabados para las finalidades estrictamente necesarias para la prestación del mencionado servicio, no comunicándolos, ni siquiera para su conservación, a otras personas sin la correspondiente autorización. El Prestador de Servicios no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento de los datos de los ficheros facilitados por el CLIENTE sin la autorización expresa de CROSSELING para ello.(...) “

**UNDÉCIMO:** ORANGE ha aportado copia de un correo electrónico que, según manifiesta, se remitió por con fecha 25 de febrero de 2015 a los distribuidores de JAZZTEL con, entre otras, las siguientes instrucciones: (folio 137)

#### “BASES DE DATOS AUTORIZADAS

El DISTRIBUIDOR únicamente utilizará las bases de datos que JAZZTEL le entregue. Dichas bases de datos podrán utilizarse por el DISTRIBUIDOR durante el mes en que se produzca la entrega y los 15 días posteriores a la finalización de dicho mes, salvo que Jazztel indique otro plazo distinto. Pasado dicho plazo el DISTRIBUIDOR no podrá utilizar estas bases de datos, salvo autorización expresa de JAZZTEL...

#### FICHERO ROBINSON DE JAZZTEL

JAZZTEL elaborará y remitirá periódicamente al Agente el Fichero Robinson de JAZZTEL, que incluirá los datos de los usuarios que hayan manifestado su negativa a recibir publicidad de JAZZTEL así como de aquellos que figuran en ficheros comunes de exclusión de comunicaciones comerciales y, en concreto, la lista Robinson de ADIGITAL

El DISTRIBUIDOR establecerá los mecanismos necesarios para garantizar que, en ningún momento, se contacte con los usuarios en dicho fichero Robinson”

En el documento aportado no aparecen las cuentas destinatarias del envío.

**DUODÉCIMO:** Constan incorporadas al procedimiento las bases de datos de potenciales clientes que, según ORANGE, JAZZTEL remitió a CROSSELING durante los meses de abril, julio y agosto de 2015 para la realización de campañas de telemarketing por dicho distribuidor, habiéndose comprobado que NO incluyen el número de teléfono del denunciante (**\*\*\*TLF.1**). (folios 39, 40, 42 al 48, 54 al 58, 248 al 254)

**DÉCIMO TERCERO:** Constan incorporados al procedimiento los correos electrónicos de “Jazztel Distribución””, con asunto: Listado de Robinsones, que, según ORANGE, JAZZTEL remitió a su lista de distribuidores con fechas 29/04/2015, 01/06/2015, 09/06/2015, 01/07/2015 y 03/08/2015, acompañando los ficheros de exclusión de JAZZTEL (Listados de Robinsones de JAZZTEL) de esas mismas fechas. Se ha comprobado que la línea de teléfono **\*\*\*TLF.1** del denunciante SI figuraba incluida en cada uno de esos ficheros. (folios 59 al 66, 236, 259 al 264, 268 al 275)

**DÉCIMO CUARTO:** - Entre las cuentas de correo destinatarias de los envíos citados en el Hecho Probado anterior se encuentran las direcciones de email **\*\*\*EMAIL.1**, **\*\*\*EMAIL.2** y **\*\*\*EMAIL.3** que, según ORANGE, se corresponden con las de los representantes de CROSSELING. (folios 109, 236, 269, 271,274, 275)

**DÉCIMO QUINTO:** Consta incorporada al procedimiento la base de datos autorizada de potenciales clientes de JAZZTEL (ORANGE) de julio de 2015 que CROSSELING recibió de esa empresa de telefonía para la realización de las campañas de telemarketing (llamadas comerciales) que le fueron encargadas por la misma al referido distribuidor, habiéndose comprobado que dicha base de datos NO incluye el número de teléfono del denunciante (**\*\*\*TLF.1** (folios 348 y 349)

**DÉCIMO SEXTO:** Constan incorporados al procedimiento los ficheros Robinson de JAZZTEL (también denominados ficheros de Robinsones de JAZZTEL o Lista Robinson de JAZZTEL) de fechas 26/05/2015 y 20/07/2015 aportados por CROSSELING, habiéndose comprobado que la línea de teléfono **\*\*\*TLF.1** del denunciante figuraba incluida en los mismo. (folios 240, 265, 266, 373 al 379)

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Consta incorporado al procedimiento el fichero Robinson de JAZZTEL de fecha 20/07/2015 aportado por GLOBAL TELEMARKEITIG en el que aparece registrada la línea de teléfono del denunciante. (folios 367 al 372)

**DÉCIMO OCTAVO:** En relación con los hechos estudiados, con fecha 6 de julio de 2016 GLOBAL TELEMARKEITING SOLUTION y CROSSELING manifestaron siguiente: (folios 185 al 196 y 206 al 217)

”Nos ratificamos en comunicación de 12 de mayo de 2016:

1. El número **\*\*\*TLF.1** se trata de un teléfono Robinson según nuestra base de datos.
2. Según comprobación en nuestro sistema, sólo consta contacto con dicho usuario por solicitud de información vía Internet. Dicha solicitud de información, al ser solicitada por el usuario, no es excluida por el sistema de filtro de números Robinson. Adjuntamos copia de solicitud de información previa al contacto en el PDF adjunto. (...)”

El PDF adjunto contiene cinco imágenes que recogen el “Proceso de registro de clientes en nuestras páginas web”. La información no incluye la dirección de la página web en la que figura el formulario web a través del que el denunciante supuestamente solicitó la información, no contiene vinculación alguna con las entidades identifica a CROSSELING o GLOBAL TELEMARKEITING como responsables de la página web en cuestión o del fichero resultante de la recogida de los datos de los usuarios que cumplimentan el formulario web. Tampoco incluye la dirección IP de origen desde la que presuntamente se facilitó el dato por el afectado. (folios 194 al 196, 216 y 217)

**DÉCIMO NOVENO:** Con fecha 22 de septiembre de 2016 se registra de entrada escrito de CROSSELING indicando respecto del origen del dato del teléfono del



denunciante que: (folios 240 al 245)

*“3.1 La fecha exacta como llego el número de teléfono según comprobación del sistema son: (dicho usuario por solicitud de información vía Internet en varias ocasiones).*

*(En este punto aparece impresa una tabla con cuatro filas en la que el número de teléfono del denunciante aparece relacionado junto a una serie de valores numéricos a unas determinadas horas de los días 19/02/2015, 26/05/2015, 31/08/2015 y 14/08/2015)*

*El listado Robinsón nos lo envía Jazztel vía email y consta como Robinsón el 20/2/2015.(...)*

*3.8 Se solicitó vía internet y acepto la política de privacidad, según se envió en el formulario (PDF).*

*3.10 Envío del PDF que indica cómo se procede a solicitar información publicitaria. No se almacena la IP, ya que esta información no es necesaria”*

*El PDF adjuntado contiene mismo documento con las imágenes del “Proceso de registro de clientes en nuestras páginas web” ya aportado el 06/07/2016.*

**VIGÉSIMO:** *Con fecha 8 de junio de 2017 se registra de entrada escrito de GLOBAL TELEMARKETING indicando respecto del origen del dato del teléfono del denunciante que: (folios 367 al 369)*

*“5.2 El origen de la llamada ha sido vía web, donde el denunciante ha ingresado su número para ser llamado No hay una base de datos explícita como tal, pero se adjunta la traza donde se puede apreciar el día y hora en que ingresó los datos.*

*5.3 El origen exacto de los datos del denunciante ha sido vía web. El denunciante ha aceptado las condiciones de política de privacidad de la página web, confirmando así la recepción de llamadas publicitarias. Se adjunta la traza exacta del denunciante, en la que se puede apreciar que entró una sola vez en el sistema, y que la dirección IP no se almacena porque no es un dato que estemos empleando nosotros. No necesitamos dicho dato.*

*5.4 Se obtuvieron los datos vía WEB, y se adjunta la traza donde se ve dicha información.*

*5.6 El número de teléfono del denunciante figura como Robinson en los ficheros anteriormente adjuntados desde el día 20 de febrero de 2015.*

*5.7 La lista robinson que se emplea en la empresa es la acreditada por Jazztel vía email.*

*5.8 GLOBAL ha realizado la llamada de teléfono del denunciante porque éste ha incluido su teléfono en la página web de la empresa y ha aceptado las condiciones de política de Protección de datos.*

*Adjuntamos listado.”*

*La traza adjuntada es la misma que la contenida en la tabla incluida en el escrito de CROSSELING reseñado en el anterior Hecho Probado.*

**VIGÉSIMO PRIMERO:** *Con fecha 9 de junio de 2017 se registra de entrada escrito de CROSSELING indicando respecto del origen del dato del teléfono del denunciante que: (folios 373 al 376)*

*“4.3 El origen exacto de los datos del denunciante ha sido vía web. El denunciante ha aceptado las condiciones de política de privacidad de la página web, confirmando así la*



*recepción de llamadas publicitarias. Se adjunta la traza exacta del denunciante, en la que se puede apreciar que entró una sola vez en el sistema, y que la dirección IP no se almacena porque no es un dato que estemos empleando nosotros. No necesitamos dicho dato. (...)*

*4.6 Efectivamente, el número de teléfono del denunciante figuraba en la Lista Robinson y consta en ella desde el día 20 de febrero de 2015.”*

*El apartado 4.3 incluye impresión de la misma traza aportada en anteriores escritos.>>*

**TERCERO:** GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS S.L., en adelante la recurrente o GLOBAL TELEMARKETING, ha presentado en fecha 28 de septiembre de 2017, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición solicitando que, en aplicación del principio de proporcionalidad, se rebaje la sanción impuesta a la cantidad mínima prevista a fin de adecuarla a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, para lo cual aduce que la cuantía de la multa se ha fijado sin valorar la falta de intencionalidad en su conducta y la inexistencia de un gran perjuicio. A lo anterior, añade: que la empresa ha actuado con respeto a la legalidad y a la buena fe; que no hay tal gravedad si se valora que cuando la empresa realiza más de 500.000 llamadas en una semana el número de expedientes sancionadores abiertos apenas supone el 0,001%; la falta de repercusión social de la infracción, salvo en el hecho de provocar la posible quiebra de la empresa que emplea a 200 trabajadores; ausencia de beneficio de la empresa en llamadas realizadas a un usuario que no ha realizado compra alguna, amén de haber solicitado el servicio vía Internet; inexistencia de daño al usuario, quien ha provocado con su solicitud el error de la empresa.

Asimismo, la recurrente manifiesta su desacuerdo en la exposición de los hechos de la resolución recurrida con sustento en las alegaciones formuladas durante la instrucción del procedimiento sancionador nº PS/00130/2017, consistentes en aducir:

*“El 1 de enero de 2015, CROSSELING OPERADORES 3.9, SL subcontrató a GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS, SL el servicio de telemarketing.*

*La empresa GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS, SL realiza las llamadas tras cribar el listado de usuarios de la Lista Robinson.*

*Que, tal y como se explicita en el contrato de sub-encargado del tratamiento aportado, GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS, SL se compromete con CROSSELING OPERADORES 3.9, SL a que “responderá por cualquier infracción de la normativa en la que pueda incurrir durante la prestación del servicio”.*

Todo ello, remitiéndose GLOBAL TELEMARKETING, erróneamente, a una infracción establecida en el artículo 78.11 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones en lugar de a una infracción al principio del consentimiento tipificada en la LOPD, amén de invocar el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando dicha norma ya estaba derogada durante la tramitación del procedimiento sancionador nº PS/00130/2017 cuya resolución impugna y resultaba de aplicación el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

## **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 GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS S.L., reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho III al VIII, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<III

*El artículo 43.1 de la LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones previstas en dicha norma a los responsables de los ficheros y a los encargados de tratamiento: “Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”. Por tanto, ambas figuras están sujetas al régimen sancionador de la LOPD.*

*Conforme al artículo 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es “la persona física o jurídica... que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. En el artículo 5.1.q) del RDLOPD se define “Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente”.*

*El artículo 3.g) de la LOPD, define la figura del encargado del tratamiento como “... la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento...”. Y el artículo 5.1.i) del RDLOPD lo define como “La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio”.*

*Ello es congruente con las exigencias de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que la LOPD incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, y conforme a ella, en el caso de los datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, se aplica no sólo cuando existe un conjunto organizado (fichero) de dichos datos, sino también cuando se realizan operaciones y procedimientos que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, bloqueo y cancelación de aquellos, aunque el responsable de ese tratamiento carezca de bases de datos de su titularidad que, de acuerdo con los términos legales, se incluyen en la definición de fichero.*

*De acuerdo con lo que se ha señalado, el sistema de protección de la LOPD resulta exigible a los responsables del tratamiento aunque carezcan de ficheros e,*



*incluso, a los meros encargados de aquél conforme a lo previsto en el artículo 12.4 de dicha norma. Una interpretación contraria llevaría a que el sistema de protección de datos pudiera quedar vacío de tutela respecto de un número cada vez mayor de tratamientos que se externalizan.*

#### IV

*Sentado lo anterior, procede valorar la posición jurídica ostentada por cada una de las entidades intervinientes respecto del tipo de tratamiento efectuado y si dicha conducta resulta susceptible de generar responsabilidad administrativa.*

*En el procedimiento consta que el denunciante recibió las llamadas publicitarias de JAZZTEL (ORANGE) a pesar de que había manifestado su negativa a recibir publicidad en la línea de telefonía fija de su titularidad, para lo cual el denunciante había registrado su número de teléfono fijo **\*\*\*TLF.1** con fecha 20/02/2015 en el fichero común de exclusión del servicio Lista Robinson de ADIGITAL y, por otra parte, también había ejercido con fecha 29/06/2015 su derecho de oposición ante JAZZTEL (ORANGE), dando lugar a que dicho operador procediera a confirmarle que con fecha 02/07/2015 se había procedido a la*

*exclusión de sus datos personales del tratamiento con fines de publicidad o de prospección comercial de JAZZTEL (ORANGE).*

*En el presente caso, conforme a las definiciones contenidas en los artículos anteriormente indicados y de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2.a) del RLOPD citado, aunque JAZZTEL (ORANGE) no haya realizado materialmente las llamadas telefónicas promocionales, con el encargo de las campañas de telemarketing ha decidido la finalidad, el contenido y uso del tratamiento de los datos personales utilizados para su realización, por lo que dicho operador es responsable del tratamiento efectuado con los datos personales del denunciante asociado a la realización de las llamadas publicitarias objeto de estudio señaladas en el Hecho Probado Quinto, ya que determinó realizar las campañas en las que se encuadran las acciones promocionales estudiadas, de las que era beneficiaria de la publicidad, encargándose a su distribuidor CROSSELING, delimitó el colectivo de personas a las que debían realizarse las llamadas publicitarias y estableció la forma en que debían tratarse las bases de datos de potenciales clientes a contactar entregadas al distribuidor o aquellas procedentes de ficheros del distribuidor cuyo uso debía autorizar. Es decir decidió sobre el contenido y uso del tratamiento.*

*En relación con las llamadas publicitarias de JAZZTEL (ORANGE) recibidas por el denunciante, en los contratos y anexos de los mismos suscritos por JAZZTEL (ORANGE) y CROSSELING consta que aquella establece los parámetros de la campaña. En concreto, en la cláusula Tercera del Contrato de Agencia suscrito por ambas empresas el 01/03/2014, se fija que se comercializarán los productos en las zonas que JAZZTEL (ORANGE) indique y/o respecto a la numeración contenida en las bases de datos que JAZZTEL (ORANGE) entregue al citado distribuidor y/o bases de datos de numeración que hayan sido previamente filtradas y aprobadas por JAZZTEL (ORANGE).*

*Por otra parte, la citada documentación contractual también establece que el agente únicamente podrá utilizar conforme a las instrucciones recibidas las bases de datos de clientes potenciales facilitadas por JAZZTEL(ORANGE) o, en su caso, bases*



*de datos de numeración propias del agente que hayan sido previamente filtradas y aprobadas por escrito por dicho operador, prohibiéndose la subcontratación de la actividad salvo autorización previa y expresa de JAZZTEL (ORANGE) formalizada mediante la firma de las tres partes, estableciéndose también en dicha documentación contractual que cuando se usen bases de datos propias el agente deberá, antes del inicio de la campaña, cruzarlas con la Lista Robinson generada y aportada por JAZZTEL (ORANGE) para excluir del tratamiento publicitario los registros coincidentes de ambos ficheros a fin de no contactar con clientes potenciales incorporados en la Lista Robinson del operador. A mayor abundamiento, en el "Anexo 2015 al contrato de agencia (Canal Telemarketing)" firmado el 1 de enero de 2015 por JAZZTEL y CROSSELING se reitera que "el AGENTE NO podrá utilizar bases de datos propias, salvo que, de forma previa y por escrito, JAZZTEL autorice dicho uso y realice los filtros necesarios sobre la numeración contenida en las mismas".*

*Por tanto, en general, de acuerdo con dichas estipulaciones contractuales, el responsable del tratamiento sería JAZZTEL (ORANGE), de conformidad con las definiciones recogidas en los artículos 3.d) de la LOPD y 5.1.q) del RLOPD y con arreglo a lo dispuesto en artículo 46.2.a) del RLOPD, y su distribuidor o agente, en este caso CROSSELING, se instituiría en encargado del tratamiento de conformidad con las definiciones recogidas en los artículos 3.g) de la LOPD y 5.1.i) del RLOPD y en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.2.b) del RLOPD.*

*No obstante lo cual, en este supuesto, a la vista de los hechos resultantes de la tramitación del procedimiento sancionador PS/00271/2016, cuyas actuaciones se archivaron por caducidad del mismo, se estimó que no procedía inculpar a JAZZTEL (ORANGE) como posible responsable de la comisión de la infracción al principio del consentimiento a dirimir en el nuevo procedimiento sancionador que iba a acordarse al no estar prescritos los hechos denunciados. Para ello se tuvo en cuenta que si bien JAZZTEL (ORANGE) no había acreditado en el citado procedimiento sancionador PS/00271/2016 la efectiva recepción de las bases de datos de potenciales clientes a llamar ni de los ficheros de Robinsones con los números de teléfono que debían excluirse de las acciones de telemarketing encargadas que afirmaba haber entregado a sus distribuidores, sin embargo a través de la documentación aportada por CROSSELING hasta la fecha de finalización del mencionado procedimiento PS/00271/2016 se acreditaba que este distribuidor recibió el fichero/Listado Robinson de JAZZTEL de fecha 26/05/2015 en el que figuraba registrado el dato de la línea fija del denunciante para su exclusión por CROSSELING de los tratamientos publicitarios encomendados a la misma por ese operador. Por lo que de lo actuado en el procedimiento PS/00271/2016 se evidenciaba la efectiva recepción por CROSSELING del mencionado fichero Robinson de JAZZTEL con anterioridad a la realización de las tres llamadas publicitarias estudiadas a la línea del denunciante, así como que éstas se efectuaron por GLOBAL TELEMARKETING desde un teléfono titularidad de CROSSELING.*

*En este caso, de la tramitación del presente procedimiento sancionador, ha quedado probado que CROSSELING resulta responsable del tratamiento efectuado con los datos personales del denunciante, ya que actuó al margen de las estipulaciones contractuales pactadas con JAZZTEL (ORANGE) a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa de protección de datos en este tipo de acciones publicitarias encargadas a un tercero, afirmación que encuentra su sustento en lo dispuesto en los artículos 12 de la LOPD y 20 y 21.1 y 2 del RLOPD en cuanto*

a las relaciones entre el responsable del fichero o tratamiento y el encargado del tratamiento, habiendo, también, contravenido lo dispuesto en el artículo 49.4 del RLOPD como se desarrollará más adelante.

El artículo 12 de la LOPD, dispone en relación con el “Acceso a los datos por cuenta de terceros” lo siguiente:

“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”. (El subrayado es de la AEPD)

Por su parte, el artículo 20 del reseñado Reglamento, bajo la rúbrica “Relaciones entre el responsable y el encargado del tratamiento”, en su apartado 3, establece lo siguiente:

“3. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato al que se refiere el apartado 2 del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

No obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo”.

A su vez, el artículo 21.1 y 2 del citado Reglamento establece la “Posibilidad de subcontratación de los servicios” en los siguientes términos:

“1. El encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En este caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, será posible la subcontratación sin necesidad de autorización siempre y cuando se cumplan los



*siguientes requisitos:*

*a) Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar.*

*Cuando no se identificase en el contrato la empresa con la que se vaya a subcontratar, será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación.*

*b) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.*

*c) Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato, en los términos previstos en el artículo anterior.*

*En este caso, el subcontratista será considerado encargado del tratamiento, siéndole de aplicación lo previsto en el artículo 20.3 de este reglamento. "*

## V

*Siguiendo la consideración iniciada en el anterior Fundamento de Derecho, consta que CROSSELING incumplió las obligaciones contractuales que había pactado con JAZZTEL (ORANGE), puesto que en el procedimiento ha quedado acreditado que CROSSELING subcontrató los servicios de telemarketing con un tercero sin autorización del citado operador de telefonía y, además, no consultó los ficheros de exclusión que estaba obligada a cruzar antes de realizar las llamadas publicitarias en cuestión.*

*El contrato suscrito en fecha 01/03/2014 con JAZZTEL (ORANGE) prohíbe a CROSSELING la subcontratación de los servicios, salvo autorización previa y expresa de JAZZTEL, formalizada mediante la firma de las tres partes (JAZZTEL, CROSSELING y subcontratista) del correspondiente Anexo de Subcontratación. En el supuesto estudiado no está acreditado que JAZZTEL (ORANGE) hubiese autorizado de forma previa y expresa la subcontratación formalizada en fecha 15/01/2015 por CROSSELING con GLOBAL TELEMARKETING para que ésta fuera la que llevara a cabo las acciones de telemarketing previamente encargadas a CROSSELING, al igual que no consta que CROSSELING haya informado a JAZZTEL (ORANGE) al respecto. De hecho, el contrato y anexo al mismo suscritos por dicho distribuidor con GLOBAL TELEMARKETING para la subcontratación del servicio de telemarketing de JAZZTEL (ORANGE) no está firmado por JAZZTEL (ORANGE), sin que CROSSELING o GLOBAL TELEMARKETING hayan aportado al procedimiento autorización de JAZZTEL (ORANGE) para la referida subcontratación de servicios efectuada por CROSSELING. Junto a lo anterior, el Anexo al citado contrato, que supuestamente contenía las instrucciones a seguir por GLOBAL TELEMARKETING para la llevar a cabo la prestación de servicios subcontrada, se limita a recoger la siguiente información: Nivel de Seguridad: Básico; Finalidad del tratamiento: Telemarketing/marketing telefónico; Forma de recogida: Formato Electrónico; Entrega de los datos: Vía Telemática.*

*Sobre esta cuestión, ORANGE manifestó, en el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00271/2016, incorporado al procedimiento, que CROSSELING no obtuvo la autorización previa de JAZZTEL para dicha subcontratación, incumpliendo de esta forma la prohibición establecida en el "Contrato de Agencia para la Distribución de Productos de Particulares" suscrito entre ambas partes el 01/03/2014, haciendo caso omiso a las instrucciones que como responsable del tratamiento le transmitió y actuando*

por su cuenta y riesgo subcontratando los servicios de telemarketing con un tercero no autorizado previamente por JAZZTEL (folios 110 y 111).

CROSSELING también incumplió las obligaciones pactadas en el apartado 9 de la estipulación Tercera del “Anexo de Protocolos de actuación en materia de protección de datos y llamadas Comerciales” suscrito el 01/03/2014 con JAZZTEL, en el que con carácter general se señalaba que “El Agente establecerá los mecanismos necesarios para garantizar que, en ningún momento, se contacte con los interesados que formen parte de la Lista Robinson facilitada por Jazztel en cada momento.”, fijándose en el punto c) de dicho apartado 9 que “c) El Agente, una vez recibida la Lista Robinson y en el caso de que, previa autorización escrita de Jazztel, vaya a utilizar bases de datos propias para la campaña, deberá previamente al inicio de dicha campaña, cruzar su base de datos con la Lista Robinson aportada por Jazztel”, habida cuenta que no adoptó las medidas necesarias para que no se tratasen los datos personales del denunciante que aparecían incluidos en los ficheros Robinson de JAZZTEL de fechas 26/05/2015 y 20/07/2015 que CROSSELING recibió del operador de telefonía para que no contactara con los números de teléfono registrados en los mismos. (Hecho Probado Décimo Sexto), creados por dicho operador al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 del RLOPD.

Ya ha quedado expuesto anteriormente, que conforme a lo establecido en el citado artículo 5.1.q) del Reglamento, para que pueda considerarse a CROSSELING como responsable del tratamiento efectuado con los datos del denunciante en las llamadas publicitarias estudiadas, realizadas por GLOBAL TELEMARKETING desde la línea de teléfono \*\*\*TLF.2 titularidad de CROSSELING, no es necesario que esta entidad haya realizado materialmente el tratamiento de los datos personales en cuestión.

A la vista de lo dispuesto en los mencionados artículos 12.4 de la LOPD y 20.3 y 21.1 del RLOPD, CROSSELING resulta responsable del tratamiento efectuado con los datos del denunciante en el marco de las campañas publicitarias que le fueron encomendadas por JAZZTEL (ORANGE), ya que dicho distribuidor incumplió la prohibición de subcontratación de los servicios recogida en el contrato suscrito con JAZZTEL (ORANGE) en fecha 01/03/2014 subencargando a GLOBAL TELEMARKETING la prestación de los servicios de telemarketing que, previamente, le habían sido encomendados por JAZZTEL (ORANGE) mediando prohibición de subcontratación a un tercero sin autorización previa y escrita de la mencionada compañía de telefonía. Asimismo, CROSSELING incumplió las obligaciones contractuales de adoptar las cautelas y medidas necesarias para comercializar los productos de JAZZTEL (ORANGE) exclusivamente respecto de la numeración contenida en las bases de datos de potenciales clientes facilitadas por dicho operador y la de no utilizar bases de datos propias sin contar con autorización previa de JAZZTEL (ORANGE) para ello.

Así, el tratamiento sin consentimiento efectuado por CROSSELING se concreta en que las tres llamadas promocionales efectuadas por GLOBAL TELEMARKETING en mayo, agosto y septiembre de 2015 al número de línea fija del denunciante se llevaron a cabo, precisamente, en el marco del contrato de prestación de servicios (subcontratación) suscrito el 15/01/2015 entre CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING por cuenta del citado distribuidor, puesto que la subcontratación no había sido autorizada previamente y por escrito por JAZZTEL (ORANGE) como se exigía en el contrato de Agencia suscrito entre dicha operadora y CROSSELING .



A mayor abundamiento, teniendo en cuenta que CROSSELING conocía tanto que el número de teléfono del denunciante figuraba en la Lista Robinson de JAZZTEL desde el día 20/02/2015 a los efectos de su exclusión de los tratamientos de tipo publicitario, como la utilización por GLOBAL TELEMARKETING de números de teléfono provenientes de bases de datos distintas de las facilitadas por JAZZTEL (ORANGE), tal y como prueban las manifestaciones de dicho distribuidor indicando que la línea del afectado era un teléfono Robinson y que los datos tratados del denunciante se obtuvieron vía web recogidas en los Hechos Probados números Décimo Octavo y Vigésimo Primero, no consta en el procedimiento que CROSSELING adoptase las medidas necesarias para que fueran excluidos de las campañas publicitarias a favor de JAZZTEL (ORANGE) los teléfonos de aquellos afectados que hubiesen manifestado su oposición a dicho tratamiento de datos en fechas anteriores a la realización de las llamadas publicitarias en cuestión.

En este sentido, no consta que CROSSELING obligase a GLOBAL TELEMARKETING, previamente a la realización de los tratamientos, a cruzar la información personal contenida en sus propias bases de datos tanto con los ficheros Robinson de exclusión de JAZZTEL recibidos del operador como con el fichero común de exclusión de ADIGITAL, cruce de registros que ya se ha señalado se fijaba como obligado en el punto 9 de la de la estipulación Tercera del "Anexo de protocolos de actuación en materia de protección de datos y Llamadas Comerciales" suscrito el 01/03/2014 entre CROSSELING y JAZZTEL (ORANGE), máxime cuando el teléfono del denunciante figuraba incluido en el citado fichero común de exclusión desde el 20/02/2015 y, además, también aparecía registrado en los ficheros Robinson de JAZZTEL de fechas 26/05/2015 y 20/07/2015 aportados por CROSSELING al procedimiento (Hecho Probado Décimo Sexto).

Amén de todo lo cual, y también a los efectos de establecer la responsabilidad de CROSSELING en la comisión de la infracción de la que se le inculpa, ha de tenerse en cuenta que dicha entidad no ha acreditado mediante ningún medio de prueba disponer del consentimiento inequívoco del denunciante para el tratamiento de sus datos personales con fines de publicidad.

En paralelo, para fijar la responsabilidad de GLOBAL TELEMARKETING en la comisión de la infracción de la que se inculpa a esa empresa, debe valorarse que en el contrato suscrito por GLOBAL TELEMARKETING con CROSSELING el 15/01/2015 consta que para prestar el servicio de telemarketing telefónico de JAZZTEL (ORANGE) subcontratado por CROSSELING resultaba necesario tener acceso a datos de terceros facilitados por el cliente, en este caso JAZZTEL (ORANGE), figurando también en dicho contrato que GLOBAL TELEMARKETING se comprometía a que únicamente trataría los datos a los que tuviese acceso conforme a las instrucciones dadas por CROSSELING y JAZZTEL (ORANGE), si bien ni el contrato ni el anexo al mismo están firmados por el citado operador.

A los mismos efectos, resultan relevantes las manifestaciones efectuadas por GLOBAL TELEMARKETING en los escritos presentados con fechas 06/07/2016 y 08/06/2017 desvinculando el origen de los datos tratados para la realización de las tres llamadas publicitarias analizadas de la información contenida en las bases de datos de potenciales clientes que JAZZTEL (ORANGE) debía entregar a CROSSELING con anterioridad a realización de las acciones publicitarias, expresándose CROSSELING en



idéntico sentido en los escritos presentados por ésta con fechas 06/07/2016, 22/09/2016 y 09/06/2017 (Hechos Probados Décimo Octavo y Vigésimo Primero). También resultan destacables las afirmaciones efectuadas por GLOBAL TELEMARKETING en los escritos presentados con fechas 11 de mayo y 22 de agosto de 2017 reconociendo realizar las acciones publicitarias de JAZZTEL en el marco del contrato de fecha 1 de enero de 2015 suscrito con CROSSELING, puesto que GLOBAL TELEMARKETING no ha acreditado que antes de la realización de las tres llamadas analizadas cruzase el número de teléfono del denunciante con los ficheros Robinson de JAZZTEL de fechas 26/05/2015 y 20/07/2015 recibidos por CROSSELING, a pesar de que en el reseñado contrato de 15/01/2016 consta que “Para la debida prestación de estos servicios, el SUB-ENCARGADO DEL TRATAMIENTO tiene que tener necesariamente acceso a datos de terceros facilitados por el CLIENTE” y “garantiza a CROSSELING y al CLIENTE que únicamente tratará los datos a los que tenga acceso conforme a las instrucciones dadas por éstos”.

Por tanto, resulta que para la prestación del servicio sub-encargado por CROSSELING a GLOBAL TELEMARKETING, que se recuerda no contaba con autorización previa y expresa de JAZZTEL requerida en el “Contrato de Agencia para la Distribución de Productos de Particulares” suscrito el 01/03/2014, no se utilizaron únicamente las bases de datos de potenciales clientes que JAZZTEL (ORANGE) debía facilitar a CROSSELING, -tal y como se señala en el Contrato de fecha 15/01/2015 suscrito entre CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING a efectos de la citada sub-contratación-, sino que, en este supuesto, GLOBAL TELEMARKETING utilizó para llamar al denunciante información procedente de bases de datos propias sin mediar tampoco autorización previa y escrita del operador beneficiario de la publicidad para que se utilizasen bases de datos distintas de las suyas en el desarrollo de las campañas de telemarketing contratadas a CROSSELING.

GLOBAL TELEMARKETING asocia el tratamiento de datos, efectuado en virtud del contrato de sub-contratación suscrito con CROSSELING el 15/01/2015, a información registrada en bases de datos distintas de las facilitadas por JAZZTEL (ORANGE) al afirmar en el escrito presentado con fecha 6 de julio de 2016 que: “Según comprobación del sistema, sólo consta el contacto con dicho usuario por solicitud de información vía Internet. Dicha solicitud de información al ser solicitada por el usuario, no es excluida por el sistema de filtro de números Robinson” (Hecho Probado Décimo Octavo).

A su vez, en el escrito presentado el 08/06/2017 GLOBAL TELEMARKETING mantiene que: “El origen exacto de los datos del denunciante ha sido vía web. El denunciante ha aceptado las condiciones de política de privacidad de la página web, confirmando así la recepción de llamadas publicitarias. Se adjunta la traza exacta del denunciante, en la que se puede apreciar que entró una sola vez en el sistema, y que la dirección IP no se almacena porque no es un dato que estemos empleando nosotros. No necesitamos dicho dato”, añadiendo que “ GLOBAL ha realizado la llamada de teléfono del denunciante porque éste ha incluido su teléfono en la página web de la empresa y ha aceptado las condiciones de política de Protección de datos.” (Hecho Probado Vigésimo)

Respecto de tales manifestaciones, y sin cuestionar que, efectivamente, se utilizasen bases de datos propias por GLOBAL TELEMARKETING, se considera que la documentación aportada en los reseñados escritos no acredita que el dato del denunciante se obtuviera previa solicitud de información del denunciante en una



*página web. Hay que tener en cuenta que GLOBAL TELEMARKETING no ha proporcionado la dirección IP desde la que supuestamente el denunciante facilitó su línea de teléfono, al igual que la información del proceso de registro aportada no justifica por sí misma que el afectado se registrase vía Internet en una página web y, además, consintiese el tratamiento del dato presuntamente proporcionado con fines de publicidad y prospección comercial al aceptar la política de privacidad de la misma.*

*Igualmente, no consta que GLOBAL TELEMARKETING, como empresa habituada a la realización de tratamientos relacionados con actividades de publicidad, haya dado cumplimiento a la obligación de consultar antes de realizar las llamadas comerciales si los datos del denunciante que iba a utilizar figuraban inscritos en el fichero común de exclusión del Servicio de Lista Robinson de ADIGITAL, lo que hubiera permitido detectar que el teléfono del afectado estaba registrado en dicho fichero común a fin de ser excluido de acciones publicitarias y consiguientemente, hubiera evitado el tratamiento de datos que da lugar a la comisión de la infracción analizada. Tampoco consta que cruzase los datos del denunciante con los ficheros Robinson de JAZZTEL a los que tuvo acceso, como sería el Listado Robinson de JAZZTEL de fecha 20/07/2015 en el que estaba incluido el número de teléfono del denunciante.*

*En definitiva, GLOBAL TELEMARKETING resulta responsable del tratamiento de los datos personales del denunciante en el marco de las campañas de publicidad y prospección comercial a favor de JAZZTEL (ORANGE) que le fueron sub-encargadas por CROSSELING, ya que decidió usar la línea de teléfono fijo del afectado sin que haya constancia de que contara con el consentimiento inequívoco del afectado para realizar las tres llamadas comerciales descritas.*

*A tenor de todo lo anterior, y de acuerdo con el artículo 43.1 de la LOPD, las mercantiles CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING ostentan una posición jurídica susceptible de generar responsabilidad por el incumplimiento de la LOPD.*

## VI

*En el presente supuesto, a raíz de las actuaciones llevadas a cabo a lo largo de la instrucción del procedimiento, se ha constatado que el denunciante recibió con fechas 27/05/2015, 14/08/2015 y 01/09/2015 en su número de teléfono fijo **\*\*\*TLF.1**, (dato de carácter personal), tres llamadas publicitando productos y servicios de JAZZTEL (ORANGE) efectuadas por GLOBAL TELEMARKETING desde la línea de teléfono número **\*\*\*TLF.2** titularidad de CROSSELING, mercantil que en esas fechas era distribuidor de JAZZTEL (ORANGE) y que había subcontratado con GLOBAL TELEMARKETING la prestación de los servicios de telemarketing que le había encomendado JAZZTEL (ORANGE) sin autorización de este operador de telefonía.*

*Afirmado lo cual, deben rechazarse las alegaciones efectuadas por CROSSELING a la propuesta de resolución negando su responsabilidad en los hechos analizados, ya que la documentación incorporada al presente procedimiento sancionador citada el apartado 1 del Antecedente de Hecho Quinto de esta resolución acredita que las tres llamadas publicitarias antes señaladas se efectuaron al número de teléfono del denunciante desde la línea fija titularidad de CROSSELING que se ha señalado en el párrafo anterior, la cual no iba precedida del prefijo 11791, probando también que los expedientes instruidos a CROSSELING por estas tres llamadas*



publicitarias no se encuentran vinculados al procedimiento sancionador PS/00248/2016, sino a los procedimientos sancionadores PS/00271/2016, resuelto el 27/12/2016 con el archivo de las actuaciones practicadas por caducidad del procedimiento, y al PS/00130/2017 que se resuelve mediante este acto. Así, la copia de la resolución del PS/00248/2016 incorporada al procedimiento (Antecedente de Hecho Undécimo), muestra que dicho expediente fue resuelto con fecha 29/05/2017 con motivo de la realización de una única llamada publicitaria no consentida el día 30/07/2015, la cual se efectuó a otra línea de teléfono distinta de la del denunciante y desde un teléfono también titularidad de CROSSELING que, en ese caso, si estaba precedido por el aludido prefijo.

Consta en el procedimiento que las tres llamadas estudiadas se recibieron por el afectado no obstante que el número de línea **\*\*\*TLF.1** figuraba dado de alta desde el 20/02/2015 en el fichero común de exclusión del servicio Lista Robinson de ADIGITAL y con posterioridad a que JAZZTEL (ORANGE) le confirmarse con fecha 02/07/2015 la exclusión de sus datos personales del tratamiento con fines de publicidad o de prospección comercial de esa compañía. A estas circunstancias, se suma que consta acreditado en el procedimiento que en la base de datos de potenciales clientes de julio de 2015 que CROSSELING recibió de JAZZTEL (ORANGE) no figuraba incluido el número de teléfono fijo del denunciante. (Hecho Probado Décimo Quinto).

Tal y como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho anteriores, el tratamiento efectuado por CROSSELING y por GLOBAL TELEMARKETING incumplía las estipulaciones establecidas por JAZZTEL (ORANGE) en los contratos suscritos con CROSSELING de fecha 1 de marzo de 2014 que se citan en los Hechos Probados Séptimo y Octavo y en el Anexo de fecha 1 de enero de 2015 que se cita en el Hecho Probado Noveno. En primer lugar, consta que CROSSELING contravino la prohibición de subcontratar a un tercero los servicios de telemarketing sin autorización previa y escrita de JAZZTEL (ORANGE), lo que ocurrió cuando firmó con GLOBAL TELEMARKETING el contrato de fecha 15/01/2015 que figura en el Hecho Probado Décimo. Con posterioridad, CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING incumplieron el procedimiento establecido por JAZZTEL (ORANGE) en los contratos suscritos por ésta con CROSSELING en lo referido a la utilización de las bases de datos de potenciales clientes, al menos, en las campañas comerciales en las que se realizaron las tres llamadas estudiadas, que requería la exclusión del tratamiento publicitario de los potenciales clientes a contactar registrados tanto en las bases de datos facilitadas por JAZZTEL como, en su caso, en las bases de datos propias autorizadas por JAZZTEL cuyo número de teléfono fijo también figurase registrado en los ficheros Robinson de exclusión de JAZZTEL proporcionados por esa compañía a CROSSELING. Es decir, CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING incumplieron la obligación de utilizar únicamente las bases de datos proporcionadas por JAZZTEL (ORANGE) y también contravinieron la obligación relativa a no utilizar bases de datos propias de potenciales clientes sin autorización previa de JAZZTEL (ORANGE).

Además de lo anterior, también se ha probado que ninguna de las dos inculpadas, en su condición de responsables del tratamiento, adoptó medidas tendentes a cumplir la obligación de consultar el fichero común de exclusión del Servicio de Lista Robinson de ADIGITAL con anterioridad al tratamiento del dato del teléfono del denunciante para realizar las llamadas publicitarias de JAZZTEL (ORANGE), ya que de haber realizado tal comprobación hubieran advertido que el número de teléfono había sido registrado en dicho fichero común por el denunciante con fecha



20/02/2015 para que no fuera usado con fines de publicidad y prospección comercial. Igualmente, se ha probado que estas dos empresas tampoco consultaron los ficheros Robinson de JAZZTEL a los que consta tuvieron acceso. En el caso de CROSSELING, esta empresa tuvo acceso a los dos ficheros Robinson de JAZZTEL facilitados por el propio operador de telefonía beneficiario de la publicidad con fechas 26/05/2015 y 20/07/2015, es decir, antes de realizar las llamadas publicitarias estudiadas, mientras que GLOBAL TELEMARKEING tuvo acceso al fichero Robinson de JAZZTEL de fecha 20/07/2015 que le fue facilitado por CROSSELING.

Por lo tanto, en el supuesto examinado, los datos personales del denunciante fueron utilizados para realizar tres llamadas publicitarias por GLOBAL TELEMARKEING, por encargo de CROSSELING, sin que ninguna de estas dos empresas haya acreditado contar en la fecha de los hechos con el consentimiento inequívoco del afectado para poder usar su número de teléfono fijo con dicha finalidad, puesto que tales llamadas se llevaron a cabo con posterioridad a que éste manifestase su negativa a dicho uso ejerciendo su derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios utilizando los mecanismos señalados.

Así las cosas, el titular de los datos observa cómo éstos continuaron tratándose en contra de su expresa voluntad para efectuarle llamadas comerciales. Por ello, de conformidad con lo previsto en las normas y estipulaciones transcritas, los datos personales del denunciante debieron ser excluidos de las acciones publicitarias de las que resultan responsables CROSSELING y GLOBAL TELEMARKEING, entidades que no pusieron todos los medios a su alcance para evitar el tratamiento sin consentimiento de los datos personales del denunciante.

A tenor de lo indicado, el uso del dato personal del denunciante relativo al número de línea de telefonía fija de su titularidad para la realización de las tres llamadas promocionales de JAZZTEL (ORANGE) supone un tratamiento in consentido de los datos de carácter personal del denunciante por parte de las dos inculpadas.

## VII

En consecuencia, el tratamiento de los datos personales del denunciante realizado por CROSSELING Y GLOBAL TELEMARKEING ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD, ya que conforme se ha razonado el uso de los datos del afectado con fines de publicidad y prospección comercial se produjo sin mediar el consentimiento del mismo para ello, no existiendo habilitación legal para dicho tratamiento, ni siendo tampoco aplicables a este supuesto las excepciones previstas en el artículo 6.2 de la LOPD al no producirse ninguna de las circunstancias recogidas en el mismo.

Esta conducta está tipificada como infracción grave en el citado artículo 44.3.b) de dicha norma, que establece como tal: "Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo".

En definitiva, ambas empresas resultan responsables, a título de culpa, de la comisión de la infracción descrita, en tanto que no mostraron la diligencia necesaria para establecer las medidas y controles precisos para hacer efectiva la oposición manifestada por el denunciante al tratamiento de sus datos de carácter personal (número de teléfono fijo) con fines de publicidad y/o prospección comercial, ya que las llamadas publicitarias analizadas se realizaron mediando oposición del mismo al uso de su línea de teléfono fijo con dicha finalidad al haber inscrito dicho dato en el fichero



común de exclusión del Servicio de Lista Robinson de ADIGITAL con fecha 20/02/2015 y haber ejercido su derecho de oposición ante JAZZTEL (ORANGE) con fecha 29/06/2015.

En paralelo, tampoco consta en el expediente que CROSSELING o GLOBAL TELEMARKETING hayan acreditado la implementación de medidas de control tendentes a verificar el efectivo cumplimiento de los protocolos de actuación en materia de protección de datos de carácter personal y llamadas comerciales establecidos por JAZZTEL (ORANGE) en las estipulaciones contractuales obrantes en los contratos suscritos por este operador con CROSSELING.

En especial, se considera que las dos empresas inculpadas no han tenido el deber de cuidado que les resultaba exigible para utilizar únicamente la información procedente de las bases de datos de potenciales clientes proporcionadas por el citado operador a CROSSELING, ya que no consta que JAZZTEL (ORANGE) haya autorizado el uso de otras bases de datos para la realización de la prestación del servicio de telemarketing analizado. Tampoco consta que las inculpadas hayan adoptado las medidas necesarias para que, antes de la realización de las llamadas publicitarias, se consultasen obligatoriamente los listados Robinson de exclusión que JAZZTEL (ORANGE) hubiera podido proporcionar a CROSSELING al objeto de evitar la realización de dichas acciones publicitarias cuando mediara la oposición de los afectados a este tipo de tratamiento, lo que hubiese impedido la recepción por el denunciante de las tres llamadas publicitarias denunciadas.

Téngase en cuenta que estas llamadas se hicieron por GLOBAL TELEMARKETING con posterioridad a que CROSSELING recibiera los ficheros Robinson de JAZZTEL (ORANGE) de fechas 26/05/2015 y 20/07/2015, en los que aparecía registrado el número de teléfono fijo del denunciante para que no se utilizase en las campañas publicitarias de telemarketing encargadas por JAZZTEL (ORANGE), estando también acreditado que GLOBAL TELEMARKETING tuvo acceso a este segundo fichero de exclusión y que ambas inculpadas han manifestado que conocían que el número de teléfono fijo del denunciante figuraba "como Robinson" desde el día 20/02/2015. Todo ello a pesar de lo establecido en el punto 9.b) de la de la estipulación Tercera del "Anexo de protocolos de actuación en materia de protección de datos y Llamadas Comerciales" suscrito el 01/03/2014 entre CROSSELING y JAZZTEL (ORANGE).

Al mismo tiempo, CROSSELING no estableció medidas para asegurarse de que GLOBAL TELEMARKETING consultase el Listado Robinson del Servicio de ADIGITAL con anterioridad a la realización del tratamiento publicitario subencargado, ni GLOBAL TELEMARKETING cumplió con dicha obligación establecida en el artículo 49.4 del RLOPD antes de llamar al afectado.

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.

Por lo que atañe a la diligencia que es exigible en estos casos, la SAN de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) indica: "...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y



*no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”.*

### VIII

*El artículo 45.1, 2, 4 y 5 de la LOPD, dispone lo siguiente:*

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.*
- 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.”*
- “4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*
  - a) El carácter continuado de la infracción.*
  - b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
  - c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
  - d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
  - e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
  - f) El grado de intencionalidad.*
  - g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
  - h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
  - i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
  - j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*
- 5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:*
  - a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
  - b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
  - c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
  - d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
  - e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.”*



*El artículo 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer “la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”, pero para ello es necesario la concurrencia de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita. Así, el citado artículo 45.5 de la LOPD debe aplicarse de forma excepcional y cuando se den suficientes circunstancias para ello.*

*En este caso, se considera, de conformidad con el art. 45.5 LOPD, que procede la aplicación de la escala de sanciones que precede inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el presente caso, por la concurrencia del supuesto previsto en el punto a) del citado artículo que establece: “Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo”.*

*A este respecto, se entiende que se produce una cualificada disminución de la culpabilidad de CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING al concurrir en forma significativa los apartados b) y h) del artículo 45.4 de la LOPD, ello teniendo en cuenta que el volumen de los tratamientos efectuados por dichas empresas con los datos de carácter personal del denunciante se circunscribe a la realización de tres únicas llamadas publicitarias no consentidas (criterio b); y la falta de constancia de que su comisión haya generado perjuicios al denunciante o terceras personas (criterio h). Motivo por el cual cabe la imposición de una sanción en la cuantía de 900 a 40.000 euros, al tener la infracción cometida la calificación de grave, pero sancionarse conforme a las multas establecidas para las infracciones leves.*

*Asimismo, tras las evidencias obtenidas, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios del artículo 45.4 de la LOPD, entendiendo que operan como circunstancias agravantes: la estrecha vinculación de la actividad de CROSSELING y GLOBAL TELEMARKETING con la realización de tratamientos de datos de carácter personal con fines de publicidad, lo que lleva a exigir a dichas empresas en razón de su profesionalidad un escrupuloso conocimiento de la LOPD y su Reglamento de desarrollo a fin de dar cumplimiento a los principios y garantías de los titulares de los datos recogidas en dicha normativa, a pesar de lo cual dichas empresas no han mostrado la diligencia que les resultaba exigible para garantizar la efectividad de la oposición mostrada por el denunciante a continuar recibiendo llamadas publicitarias en su línea de teléfono fijo después de que ése mostrara su negativa a dicho tratamiento inscribiendo dicho dato en un fichero común de exclusión, puesto que no consta que ninguna de ellas adoptase medidas tendentes a consultar el fichero del Servicio Lista Robinson de ADIGITAL antes de realizar las llamadas publicitarias en evitación de tal tratamiento (criterio c); la actividad desarrollada por las empresas inculpadas, ya que en el caso de CROSSELING está directamente relacionada con la comercialización y venta de servicios de telecomunicaciones por diversos medios, y en el caso de GLOBAL TELEMARKETING se encuentra especialmente vinculada a actividades de telemarketing telefónico (criterio d); la reincidencia en su conducta, ya que ambas empresas han sido sancionadas por sendas infracciones a lo dispuesto en el artículo 6 de la LOPD en diversas ocasiones, así consta que con fecha 20/01/2017 se sancionó a dichas empresas en el procedimiento sancionador PS/00334/2016, y que con fecha 01/03/2017 se sancionó a GLOBAL TELEMARKETING en el PS/00576/2016 y a CROSSELING*



en el PS/00577/2016 por la comisión de la misma infracción al principio del consentimiento (criterio g); no consta que ninguna de las dos entidades citadas tuviesen implantados con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción procedimientos adecuados en la recogida y tratamiento de datos de carácter personal. (criterio j)

En consecuencia, conforme a los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD se considera adecuado a la gravedad de los hechos analizados imponer una multa por importe de 30.000 euros tanto a CROSSELING como a GLOBAL TELEMARKETING.>>

### III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, GLOBAL TELEMARKETING no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada, en la que quedo probado que las llamadas publicitarias de productos de JAZZTEL (en la actualidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U.) recibidas por el denunciante en su línea de teléfono fijo **\*\*\*TLF.1** con fechas 27/05/2015, 14/08/2015 y 01/09/2015, y realizadas por GLOBAL TELEMARKETING desde la línea **\*\*\*TLF.2** titularidad de CROSSELING, se llevaron a cabo en contra de la voluntad manifiesta del afectado que había inscrito sus datos personales en el Servicio de Lista Robinson de ADIGITAL a fin de no recibir publicidad en la citada línea de teléfono.

Así, en los Fundamentos de Derecho III al VII de la resolución recurrida se analizan detalladamente los motivos por los que se considera que los hechos que han resultado probados constituyen infracción administrativa al principio del consentimiento consagrado en el artículo 6 de la LOPD, de la que la recurrente resulta responsable a título de culpa, puesto que no ha acreditado que, con anterioridad a la realización de las llamadas, adoptase algún tipo de cautela tendente a verificar si el número de teléfono fijo del denunciante figuraba inscrito en el Servicio Lista Robinson de ADIGITAL, como tampoco ha probado que comprobase si dicha línea estaba registrada en el fichero Robinson de excluidos de JAZZTEL(ORANGE) de fecha 20 de julio de 2015 que consta obraba en su poder y estaba obligada a cruzar para la prestación del servicio de telemarketing encargado. Todo ello a los efectos de asegurarse que no mediaba oposición del afectado al uso de sus datos personales con fines de publicidad, especialmente si se valora que al tratarse de una empresa habituada a la prestación de este tipo de servicios le resulta exigible una especial diligencia, en razón de su profesionalidad, en lo que respecta al conocimiento y cumplimiento de la normativa de protección de datos.

En cuanto al argumento de la buena fe, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 24 de mayo de 2002 ha señalado que *“la buena fe en el actuar, para justificar la ausencia de culpa –como se hace en el presente caso-; basta con decir que esa alegación queda enervada cuando existe un deber específico de vigilancia derivado de la profesionalidad del infractor. En esta línea tradicional de reflexión, la STS de 12 de marzo de 1975 y 10 de marzo de 1978, rechazan la alegación de buena fe, cuando sobre el infractor pesan deberes de vigilancia y diligencia derivados de su condición de profesional”*.



Paralelamente, en el Fundamento de Derecho VIII se detallan pormenorizadamente los criterios de los apartados 4 y 5 del artículo 45 de la LOPD que se han aplicado para determinar, en aplicación del principio de proporcionalidad, la sanción que resulta adecuada a la gravedad de los hechos cometidos por GLOBAL TELEMARKETING.

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 GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS S.L. contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 11 de septiembre de 2017, en el procedimiento sancionador PS/00130/2017.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad **GLOBAL TELEMARKETING SOLUTIONS S.L.**

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