

- **Expediente N.º: PS/00391/2021**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

ANTECEDENTES

PRIMERO: D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, la parte reclamante) con fecha 29 de octubre de 2020 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante, la parte reclamada).

Los motivos en que basa la reclamación son porque el pasado 29 de octubre de 2020, a las 12:35 horas, recibió una llamada comercial desde la línea llamante *****TELÉFONO.1**. Manifiesta que la línea receptora (*****TELÉFONO.2**) está inscrita en la Lista Robinson desde el 16/01/2014.

Documentación relevante aportada por el reclamante:

Factura telefónica emitida por FINETWORK donde muestra titularidad de la línea.

Correo electrónico de Adigital indicando que se había registrado el número del reclamante.

Correo electrónico de *****EMAIL.1** de fecha 2/4/2020, comunicando que se había hecho efectivo el derecho de supresión solicitado por la parte reclamante a ORANGE correspondiente a un contrato asociado a un número de línea que poseía la parte reclamante anteriormente. Asimismo, especifican que, no obstante lo anterior, no es posible hacer efectiva la petición de supresión por existir una relación contractual con Jazztel.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), en fecha 28 de diciembre de 2020 se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

Con fecha 22 de enero de 2021 se recibe en esta Agencia escrito de respuesta de la parte reclamada, informando:

*“Tras un estudio de la reclamación que nos ocupa, se ha podido comprobar que la numeración receptora de las llamadas (la línea *****TELÉFONO.2**), constaba inscrita en el Listado Interno de Exclusión Publicitaria de esta mercantil en la fecha de recepción de la llamada. Asimismo, se ha podido constatar que la misma consta incluida en la Lista Robinson de Exclusión Publicitaria gestionada por la Asociación Española de Economía Digital (en adelante, Adigital) desde el 16 de enero de 2014.*

En este sentido, cumple destacar la numeración titularidad del reclamante no ha sido objeto de comunicación comercial alguna por parte de ningún proveedor del canal de distribución de esta mercantil, así como tampoco por parte de Orange. Adicionalmente a lo anterior, se ha comprobado a raíz de la presente reclamación, que esta mercantil

*no ha emitido llamadas de carácter comercial y/o promocional a la numeración del Sr. **A.A.A.**, no siendo tampoco facilitada a ningún proveedor del canal de distribución de Orange.*

*Por otra parte, se ha comprobado que la numeración que efectuó la llamada comercial nº *****TELÉFONO.1** no pertenece ni está siendo empleada ni por esta mercantil, ni tampoco por ninguno de sus proveedores del canal de distribución. A mayor abundamiento, se informa a esta Agencia que la referida numeración consta asignada al reseller de esta mercantil NEOTEL 2000 S.L.,*

*De todo lo anterior se ha puesto en conocimiento al Sr. **A.A.A.** a través de comunicación que se adjunta como documento anexo nº 1 pero que, al no constar datos suficientes en la reclamación trasladada, no le es posible, por lo que rogamos a esta Agencia que remita la comunicación adjunta al reclamante, al no disponer de información de contacto suficiente para tal fin."*

TERCERO: Con fecha 11 de febrero de 2021 se produjo la admisión a trámite de la reclamación presentada por la parte reclamante. A continuación, 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 58.1 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 LOPDGDD, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Según respuesta de Adigital a requerimiento de información, se confirma que el número de la parte reclamante, *****TELÉFONO.2** está inscrito en el canal de llamadas telefónicas desde el 16 de enero de 2014.

Mediante información obtenida de la página web de la Asociación de operadores para la portabilidad, se verifica que, a fecha de investigación de este expediente, el operador del número origen de las llamadas *****TELÉFONO.1** es FRANCE TELECOM ESPAÑA (en adelante, ORANGE)

Respecto a la emisión de la llamada desde el número reclamado:

Según respuesta de ORANGE, a requerimiento de información sobre la titularidad del número de origen y la realización de la llamada desde dicho número al número de la parte reclamante, en fecha 29 de octubre de 2020, indica que:

*"En relación con la titularidad de la línea *****TELÉFONO.1**, esta mercantil viene a confirmar que, tras realizar las preceptivas comprobaciones, se ha podido verificar que la numeración indicada está asignada a un reseller de ORANGE ESPAGNE S.A.U. concretamente NEOTEL 2000, SL con CIF B52009743."*

"En relación con los datos de tráfico solicitados, tras haber realizado las oportunas comprobaciones en los sistemas de esta mercantil, no se han localizado los datos de tráfico solicitados."

Según respuesta de NEOTEL, a requerimiento de información sobre la titularidad del número de origen y la realización de la llamada desde dicho número al número de la parte reclamante, en fecha 29 de octubre de 2020, indica que:

La titularidad de la línea *****TELÉFONO.1** a la fecha solicitada era ZCALL LEVANTE S.L., con CIF: B73637225.

En cuanto a la llamada desde este número al número de la parte reclamante, confirman su realización.

Según respuesta de ZCALL LEVANTE S.L., a requerimiento de información sobre razón de la realización de las llamadas desde el número *****TELÉFONO.1** al número de la parte reclamante, y la relación contractual con ORANGE, indica que:

Respecto a la confirmación de la realización de la llamada:

*"Confirmamos que el número *****TELÉFONO.1** está contratado por Zcall Levante, S.L., pero no podemos confirmar que se efectuara dicha llamada, pues el histórico de llamadas se borra periódicamente, no obstante, hemos solicitado a la empresa telefónica esta consulta."*

Respecto al motivo de la emisión de la llamada:

"En aquella fecha recién salidos del confinamiento se estuvieron haciendo algunas llamadas para concertación de visitas comerciales, entiendo que esta sería una de ellas."

Respecto a la relación contractual con la empresa Orange:

"Con ORANGE no tenemos ninguna relación contractual, pero sí la hemos tenido con algún distribuidor oficial de Orange, con el que hemos colaborado en algunas ventas."

Sobre como reciben los números a los cuales debe realizar las llamadas comerciales:

"Normalmente usamos una base de datos que compramos."

Respecto a si consultan alguna lista de números a los que no se puede llamar:

"Disponemos de la posibilidad de consultar si el número a llamar está en lista Robinson o no. Consultado este número no está en dicha lista Robinson."

Posteriormente se procede a solicitar contrato de colaboración entre ZCALL Levante, S.L. y ORANGE o algún distribuidor oficial de productos ORANGE.

A dicho requerimiento responden aportando un contrato mercantil, con denominación *"Contrato colaboración Zcall Levante sl.pdf"*. Dicho contrato establece una relación contractual entre ZCALL LEVANTE, S.L. ("EL COLABORADOR") y MOVILMUR TELECOMUNICACIONES, S.L. ("LA EMPRESA"), para el apoyo comercial y técnico para la captación de nuevos clientes-consumidores finales de los servicios que la EMPRESA gestiona. A su vez el contrato especifica que LA EMPRESA es colaborador de productos Orange con el distribuidor autorizado Comunicaciones Seven Mobile 2018, S.L. según indica en el apartado I de dicho contrato.

Según respuesta de ZCALL LEVANTE S.L., a requerimiento de información adicional, indica que:

A la pregunta de ¿De quién obtiene la base de datos de números a los que llamar? responden que la obtienen de CENTRAL DE COMUNICACIONES.ES (*****URL.1**).

Adjuntan factura de compra.

Al requerimiento de la confirmación de que el número reclamado (*****TELÉFONO.2**) se encontraba en dicha base de datos a la fecha de la llamada reclamada informan:

"Hemos buscado en la actual base de datos, pero no nos aparece el numero reclamante. (las bases de datos se van actualizando cada año)."

A la pregunta de ¿Qué diligencia ha hecho ZCALL LEVANTE, S.L. para verificar que dicha base de datos de usuarios ha sido creada con el consentimiento de los mismos? responden:

"Nosotros no comprobamos la base de datos, porque entendemos que es legal pues la venden por internet públicamente. (Nosotros comprobamos en cada llamada si no está en lista Robinson.)"

Respecto a la recepción de la llamada en el número de la parte reclamante:

Según respuesta de WEWI MOBILE S.L., la cual era la operadora del número de la parte reclamante, a requerimiento de información sobre titularidad de número destino y la recepción de la llamada en dicho número desde el número de la parte reclamada, a fecha 29 de octubre de 2020, indica:

*“Según consta en nuestros archivos y sistemas, en fecha 29 de octubre de 2020 el titular de la línea de abonado de número *****TELÉFONO.2** era **A.A.A.** con NIF *****NIF.1**. Se dio de alta en FINETWORK el día 11 de septiembre de 2020.”*

“Con carácter previo, y a los efectos oportunos, ponemos en conocimiento de este organismo que los servicios de telecomunicaciones son prestados por VODAFONE ENABLER ESPAÑA, S.L. (C.I.F. B-82896119), que tiene suscrito con FINETWORK un Contrato de Colaboración para la comercialización de dichos servicios.

En consecuencia, siendo el titular de la red VODAFONE ENABLER ESPAÑA, S.L., procedimos a solicitar la información requerida, obteniendo la siguiente respuesta:

“no podemos facilitar esta información, para ver esta información se necesita consultar el sistema de retención y para ello se precisa de un oficio judicial”

Según respuesta de VODAFONE ESPAÑA, a requerimiento de información sobre confirmación de la recepción en el número *****TELÉFONO.2** de la llamada desde el número *****TELÉFONO.1**, a fecha 29 de octubre de 2020, indica que:

“Tras realizar las consultas pertinentes en los sistemas internos de mi representada, se ha identificado que ninguna de las numeraciones, ni la llamante ni la receptora, constan asignados a Vodafone, por lo que no es posible aportar la información solicitada.”

CUARTO: Mediante Acuerdo de fecha 13 de octubre de 2021, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la parte reclamada por las presuntas infracciones del artículo 48.1.b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), en relación con el art. 21 del RGPD y 23 de la LOPDGDD, y del artículo 28 del RGPD (tipificada conforme al artículo 83.4.a) del RGPD), consideradas leves en los artículos 78.11 de la citada LGT y 74.k) de la LOPDGDD.

QUINTO: Notificado el acuerdo de inicio, la parte reclamada presentó escrito de alegaciones al citado acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, en fecha 5 de noviembre de 2021, en el que, en síntesis, manifestaba:

Se reconocen los hechos, y se presenta también solicitud de aplazamiento ante la imposibilidad de hacer efectivo el pago, con el fin de acogerse a las dos reducciones de 20%, quedando la deuda en 24.000 euros.

Solicita, conforme a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y art. 46 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con la sanción impuesta por resolución de la Agencia Española de Protección de Datos mencionada.

Se ha solicitado también más plazo para estudiar fórmulas de pago, y aportar documentación que pudieran requerir.

Fraccionamiento del pago, realizando la siguiente propuesta, pago mensual desde el 5 de diciembre de 2021, durante 24 meses, por importe de 1.000 €.

La solicitud anterior se justifica por los malos resultados este 2021 del negocio y la falta de tesorería para pagar la sanción y continuar con la actividad, poniendo en conocimiento no estar en concurso de acreedores.

SEXTO: Con fecha 5 de abril de 2022 se formuló propuesta de resolución, proponiendo:

“Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a ZCALL LEVANTE, S.L. con NIF B73637225, con multa de 40.000 € (cuarenta mil euros), por la infracción del Artículo 28 del RGPD y Artículo 48.1.b) de la LGT, tipificadas en el Artículo 83.4 del RGPD y en el Artículo 78.11 de la LGT, respectivamente.”

SÉPTIMO: Con fecha 3 de mayo de 2022, ZCALL LEVANTE, S.L. presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución, en resumen, en los siguientes términos:

Primero. Falta de motivación. El acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, así como su propuesta de resolución, y las sanciones que constan en expediente carecen de motivación más allá de la simple imposición de la sanción.

Segundo. Falta del principio de culpabilidad. No se puede imponer sanciones sin haber acreditado, la culpabilidad en la actuación.

Tercero. No correspondería aplicar tampoco las agravantes que constan en la propuesta de inicio de sanción, y propuesta de resolución, ya que no se puede considerar que se actuara fuera de la normativa vigente, siendo una anomalía en todo caso puntual en la gestión de datos personales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Adigital confirma que el número de la parte reclamante, *****TELÉFONO.2** está inscrito en el canal de llamadas telefónicas desde el 16 de enero de 2014.

SEGUNDO: ZCALL LEVANTE S.L. indica que:

*“Confirmamos que el número *****TELÉFONO.1** está contratado por ZCall Levante, S.L., pero no podemos confirmar que se efectuara dicha llamada, pues el histórico de llamadas se borra periódicamente, no obstante, hemos solicitado a la empresa telefónica esta consulta.”*

Respecto al motivo de la emisión de la llamada:

“En aquella fecha recién salidos del confinamiento se estuvieron haciendo algunas llamadas para concertación de visitas comerciales, entiendo que esta sería una de ellas.”

“Con ORANGE no tenemos ninguna relación contractual, pero sí la hemos tenido con algún distribuidor oficial de Orange, con el que hemos colaborado en algunas ventas.”

“Normalmente usamos una base de datos que compramos.”

“Disponemos de la posibilidad de consultar si el número a llamar está en lista Robinson o no. Consultado este número no está en dicha lista Robinson.”

“Hemos buscado en la actual base de datos, pero no nos aparece el número reclamante. (las bases de datos se van actualizando cada año).”

“Nosotros no comprobamos la base de datos, porque entendemos que es legal pues la venden por internet públicamente. (Nosotros comprobamos en cada llamada si no está en lista Robinson.)”

TERCERO: ZCALL LEVANTE S.L. realizó una llamada publicitaria al número de teléfono *****TELÉFONO.2**, titularidad de la parte reclamante, número inscrito en el canal de llamadas telefónicas de ADIGITAL, oponiéndose a recibir llamadas publicitarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De acuerdo con lo establecido en el artículo 84.3) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT) y según lo establecido en los artículos 47 y 48.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.”*

Por último, la Disposición adicional cuarta *“Procedimiento en relación con las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por otras leyes”* establece que: *“Lo dispuesto en el Título VIII y en sus normas de desarrollo será de aplicación a los procedimientos que la Agencia Española de Protección de Datos hubiera de tramitar en ejercicio de las competencias que le fueran atribuidas por otras leyes.”*

II

En respuesta a las alegaciones presentadas por la parte reclamada al Acuerdo de Inicio, cabe señalar lo siguiente:

La entidad reconoce los hechos, y la solicitud de fraccionamiento y aplazamiento del pago deberá dirigirse a la Secretaría General de esta Agencia.

III

Y en respuesta a las alegaciones presentadas por la parte reclamada a la Propuesta de Resolución, se señala lo siguiente:

Como ya se ha indicado en el fundamento anterior, la parte reclamada ha reconocido los hechos. Y no sólo en la contestación al requerimiento de información que se le envió, sino también en las alegaciones al Acuerdo de Inicio.

Ahora alega falta de motivación y de culpabilidad.

Pues bien, en los Hechos Probados se acredita:

Que el número receptor de la llamada está inscrito en la Lista Robinson de ADIGITAL desde el año 2014.

Que la parte reclamada reconoce que el número llamante está contratado por ZCall Levante, S.L.

Que, aunque no pueden confirmar la llamada porque las bases de datos se actualizan cada año, en aquella fecha se estuvieron haciendo llamadas para concertación de visitas comerciales.

Que han colaborado en algunas ventas con algún distribuidor oficial de Orange.

Que la base de datos la compran por internet.

Que consultaron el número a llamar y no está en la Lista Robinson.

Sobre la culpabilidad, que es reconocida por la parte reclamada:

Esta Agencia ha llevado a cabo una exhaustiva investigación previa a fin de depurar las responsabilidades en la vulneración de los derechos y libertades de la parte reclamante y ha recabado las pruebas suficientes para enervar el principio de presunción de inocencia. Dicha investigación y pruebas de cargo se encuentra detallada en los antecedentes de la presente resolución.

También alegan que no correspondería aplicar las agravantes, al ser “una anomalía en todo caso puntual en la gestión de datos personales”.

Es evidente que la parte reclamante ha tenido que entablar acciones ante esta AEPD, a pesar de que el número receptor de la llamada está inscrito en la Lista Robinson de ADIGITAL desde años antes de efectuarse la llamada objeto de este procedimiento.

Y la misma parte reclamante reconoce que en aquella fecha se estuvieron haciendo llamadas para concertación de visitas comerciales.

Finalmente, la entidad NEOTEL indica que, a fecha 29 de octubre de 2020, la titularidad de la línea *****TELÉFONO.1** correspondía a ZCALL LEVANTE S.L., y confirma la realización de la llamada desde este número al número de la parte reclamante.

IV

En relación con las llamadas telefónicas, se regula el ejercicio del derecho de oposición en el artículo 21 del RGPD, donde se establece que:

“1. El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, 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.

2. 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.

3. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

4. A más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información.

5. En el contexto de la utilización de servicios de la sociedad de la información, y no obstante lo dispuesto en la Directiva 2002/58/CE, el interesado podrá ejercer su derecho a oponerse por medios automatizados que apliquen especificaciones técnicas.

6. Cuando los datos personales se traten con fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos de conformidad con el artículo 89, apartado 1, el interesado tendrá derecho, por motivos relacionados con su situación particular, a oponerse al tratamiento de datos personales que le conciernan, salvo que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada por razones de interés público.”

V

El artículo 23 de la LOPDGDD prevé la creación de sistemas de exclusión publicitaria, en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, disponiendo que:

“1. Será lícito el tratamiento de datos personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas.

A tal efecto, podrán crearse sistemas de información, generales o sectoriales, en los que solo se incluirán los datos imprescindibles para identificar a los afectados. Estos sistemas también podrán incluir servicios de preferencia, mediante los cuales los afectados limiten la recepción de comunicaciones comerciales a las procedentes de determinadas empresas.

2. Las entidades responsables de los sistemas de exclusión publicitaria comunicarán a la autoridad de control competente su creación, su carácter general o sectorial, así como el modo en que los afectados pueden incorporarse a los mismos y, en su caso, hacer valer sus preferencias.

La autoridad de control competente hará pública en su sede electrónica una relación de los sistemas de esta naturaleza que le fueran comunicados, incorporando la información mencionada en el párrafo anterior. A tal efecto, la autoridad de control competente a la que se haya comunicado la creación del sistema lo pondrá en conocimiento de las restantes autoridades de control para su publicación por todas ellas.

3. Cuando un afectado manifieste a un responsable su deseo de que sus datos no sean tratados para la remisión de comunicaciones comerciales, este deberá informarle de los sistemas de exclusión publicitaria existentes, pudiendo remitirse a la información publicada por la autoridad de control competente.

4. Quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, deberán previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación, excluyendo del tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa al mismo. A estos efectos, para considerar cumplida la obligación anterior será suficiente la consulta de los sistemas de exclusión incluidos en la relación publicada por la autoridad de control competente. No será necesario realizar la consulta a la que se refiere el párrafo anterior cuando el afectado hubiera prestado, conforme a lo dispuesto en esta ley orgánica, su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla.”

VI

Los hechos probados serían constitutivos de una infracción, imputable a ZCALL LEVANTE, S.L., por vulneración del artículo 48.1.b) de la LGT, incluido en su Título III, que señala lo siguiente:

“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) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

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.”

La infracción del art. 48.1.b) se tipifica como leve en el artículo 78.11 de la LGT, que considera como tal: *“El incumplimiento de las obligaciones de servicio público, de las obligaciones de carácter público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de la Ley y su normativa de desarrollo”.*

Esta infracción puede ser sancionada con multa de hasta 50.000 euros, de acuerdo con el artículo 79.1.d) de la citada LGT.

“Artículo 79 Sanciones”

“1. Por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos anteriores se impondrán las siguientes sanciones:”

“d) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 50.000 euros.”

De conformidad con los hechos probados, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el artículo 80 de la LGT:

Como agravantes:

Art 80.1 de la LGT.

c) *El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.* Las acciones promocionales tienen como objetivo la obtención de beneficios empresariales.

d) *El daño causado y su reparación.* El reclamante ha tenido que entablar acciones ante esta AEPD.

Considerando los factores expuestos, la valoración inicial que alcanza la cuantía de la multa por la infracción del art 48.1.b) de la LGT imputada es de 20.000 € (veinte mil euros).

VII

El artículo 28 del RGPD, establece lo siguiente:

Encargado del tratamiento

“1. Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.

2. El encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.

3. El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;

b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;

c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32;

d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;

e) asistirá al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;

f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;

g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.

En relación con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero, el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.

4. Cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se impondrán a este otro encargado, mediante contrato u otro acto jurídico establecido con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado a que se refiere el apartado 3, en particular la prestación de garantías suficientes de aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento. Si ese otro encargado incumple sus obligaciones de protección de datos, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado.

5. La adhesión del encargado del tratamiento a un código de conducta aprobado a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrá utilizarse como elemento para demostrar la existencia de las garantías suficientes a que se refieren los apartados 1 y 4 del presente artículo.

6. Sin perjuicio de que el responsable y el encargado del tratamiento celebren un contrato individual, el contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo podrá basarse, total o parcialmente, en las cláusulas contractuales tipo a que se refieren los apartados 7 y 8 del presente artículo, inclusive cuando formen parte de una certificación concedida al responsable o encargado de conformidad con los artículos 42 y 43.

7. La Comisión podrá fijar cláusulas contractuales tipo para los asuntos a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo, de acuerdo con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2.

8. Una autoridad de control podrá adoptar cláusulas contractuales tipo para los asuntos a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo, de acuerdo con el mecanismo de coherencia a que se refiere el artículo 63.

9. El contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 constará por escrito, inclusive en formato electrónico.

10. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 84, si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento”

VIII

Se ha comprobado que, en el contrato suscrito por ZCALL LEVANTE, S.L. con el encargado del tratamiento, no se recoge ninguna instrucción sobre la necesidad de consultar la Lista Robinson, por lo que no se aprecia que la entidad haya vulnerado el Artículo 28 del RGPD.

IX

Por tanto, conforme a la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a ZCALL LEVANTE, S.L. con NIF B73637225, por una infracción del Artículo 48.1.b) de la LGT, tipificada en el Artículo 78.11 de la LGT, una multa de 20.000,00 € (VEINTE MIL euros).

SEGUNDO: ACORDAR EL ARCHIVO de la infracción del Artículo 28 del RGPD imputada en el presente procedimiento sancionador, al no apreciarse indicios de infracción.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a ZCALL LEVANTE, S.L.

CUARTO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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.

815-050522

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