



Privacidad y Turismo: Perfil del turista, *Big Data* y plataformas colaborativas

Cristina Gil Membrado

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares*

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DERECHO DEL TURISMO

TÍTULOS PUBLICADOS

Manual de Derecho Privado del Turismo, *Silvia Díaz Alabart (Dir.), M^a Patricia Represa Polo (Coord.)*, 2017.

Viajes combinados y servicios de viaje vinculados [Directiva (UE) 2015/2302]. Cuestiones de ley aplicable, *Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor*, 2018.

Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Manuel García Mayo (Coord.)*, 2018.

Privacidad y Turismo: Perfil del turista, Big Data y plataformas colaborativas, *Cristina Gil Membrado*, 2019.

COLECCIÓN DERECHO DEL TURISMO

DIRECTORA

María Nélica Tur Faúndez

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

Privacidad y Turismo: Perfil del turista, *Big data* y plataformas colaborativas

Cristina Gil Membrado

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de las Islas Baleares

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

© Cristina Gil Membrado
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

ISBN: 978-84-290-2148-6
Depósito Legal: M-20782-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de Colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mi hijo Rodrigo

*No puedo cambiar la dirección del viento,
pero sí ajustar mis velas para llegar siempre a mi destino*

James Dean

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

La protección frente al tratamiento de los datos de la persona física es un derecho fundamental contemplado en el artículo 18.4 CE¹ considerado por la jurisprudencia constitucional como la facultad del ciudadano de oponerse a que su información personal sea utilizada para fines distintos de los autorizados² y configurado como un derecho independiente consistente en un poder de control y de disposición del afectado sobre su información personal³.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del contenido del derecho fundamental a la protección de datos:

« [...] consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos»⁴.

¹ También en el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (DOCE, 18.12.2000).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) C 83/47 (DOCE, 30.3.2010).

² STC 94/1998, 4.5.1998, (RTC 1998\94).

³ STC 292/2000, 30.11.1992, (RTC 2000\292).

⁴ Ídem.

Véase PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho a la protección de datos de carácter personal en

La concreción de este derecho en el ordenamiento jurídico interno se plasmó en la Ley Orgánica 5/1992 reguladora del tratamiento automatizado de datos personales⁵. Posteriormente, con el objeto de transponer al derecho interno la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁶, la citada Ley Orgánica fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos personales⁷, que se ha extendido no solo a la información personal automatizada, sino también a la tratada manualmente⁸.

El objetivo de la Directiva 95/46/CE fue procurar que la garantía del derecho fundamental a la protección de datos no obstaculizara la libre circulación de los datos en la Unión, por lo que el propósito era establecer un ámbito común de garantías que se extendiera en los casos de realización de transferencias internacionales.

La armonización europea de la normativa de protección de datos resulta fundamental para un sector como el del turismo que comprende empresas de transporte, alojamiento, restauración, entre otras, siendo una de las actividades que más flujos económicos transfronterizos produce⁹ precisando un escenario jurídico claro y no fragmentado.

Sin embargo, lejos de este ideal, la irregular transposición por parte de los Estados miembros de la predecesora Directiva 95/46/CE, dejó «un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea, situación que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos»¹⁰, y este precisamente es el motivo

la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, 2003, pgs. 51ss.

⁵ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (BOE núm. 262, de 31.10.1992).

⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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 (DOCE núm. 281, de 23.11.1995).

⁷ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14.12.1999).

⁸ Sobre el tratamiento de datos y, en especial sobre la figura del responsable del tratamiento en el régimen de protección de datos anterior, véase GIL MEMBRADO, C., *La historia clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente*, Comares, Granada, 2010. Premio de la Agencia Española de Protección de Datos al mejor trabajo de investigación publicado —XV Edición. 2011—.

⁹ Más de 82 millones de turistas visitaron España en 2017. Véanse datos estadísticos en <https://tourspain.es/es-es/estad%C3%ADsticas-y-conocimiento-tur%C3%ADstico>

¹⁰ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6.12.2018).

por el que se acrecienta la necesidad de lograr un escenario más uniforme del derecho de protección de datos en una sociedad que cada vez es más global.

Este impulso se ve materializado en el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016¹¹ o Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD). Esta norma deroga las Directivas 95/46/CE y UE 2016/680¹². El RGPD viene siendo de aplicación directa en la Unión Europea desde el 25 de mayo de 2018, y su objetivo es, dada precisamente su eficacia directa, superar los obstáculos a la homogeneización de normas entre los Estados miembros que supuso la armonización pretendida por la Directiva 95/46/CE.

No obstante, El RGPD prevé la posibilidad –y en gran medida, además, al contar con un amplio elenco de habilitaciones- de que las normas internas de los Estados miembros, por razones de coherencia y de comprensión, lo complementen o aclaren logrando su efectiva aplicación.

Conforme a ello, y con el objeto de adaptar el ordenamiento jurídico interno a la norma europea y completar sus disposiciones, ve la luz la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales¹³ (en adelante, LOPDGD), que además de adaptar el ordenamiento jurídico interno al nuevo escenario europeo en materia de protección de datos, incorpora un sistema de garantías de los derechos digitales de la ciudadanía, conforme al mandato establecido por el artículo 18.4 CE.

En paralelo a la evolución normativa en materia de protección de datos, la irrupción de unos niveles tecnológicos inusitados y, con ello, el desarrollo exponencial de la sociedad de la información como fenómeno también global así como el nacimiento y la implantación de nuevos modelos de negocio –paradigmático es el sector turístico-, y nuevas técnicas en el tratamiento de la información personal han motivado que el ordenamiento cuyas pautas se fijaron en 1995 quede estrecho para conciliar estos avances con la protección de los derechos y libertades de la persona.

¹¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Reglamento general de protección de datos. (DOUE L 119/1, 4.5.2016).

¹² Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (DOUE L 119/89, 4.5.2016).

¹³ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6.12.2018).

Las nuevas circunstancias vienen marcadas por el incremento de los flujos transfronterizos de datos personales, todavía más, en un ámbito como es el objeto de este estudio: el mercado turístico, y por la rápida evolución tecnológica que ha fomentado, en su vertiente de tratamiento de la información, que los datos se hayan convertido en el petróleo del Siglo XXI, de modo que la información ha pasado a ser el principal activo empresarial y el uso de las nuevas tecnologías, los instrumentos fundamentales de la consecución de los fines de la empresa.

El tratamiento, que ya se realiza a gran escala, de la información personal, genera efectos positivos que se traducen en nuevos y mejores servicios, pero también adolece de los riesgos propios inherentes a la multiplicación exponencial de la información personal del individuo, cada vez más accesible y obtenida a una mayor velocidad, con un difícil control de su uso y de su destino.

Con el objeto de adecuar la normativa a esta realidad, de modo general, el nuevo escenario en materia de protección de datos tiene dos nuevos grandes pilares. Por un lado, el principio de responsabilidad activa, que implica una actitud consciente y diligente por parte de responsables y de encargados del tratamiento para adoptar aquellas medidas técnicas y organizativas que sean apropiadas para satisfacer los estándares de protección de derechos y libertades previstos en la normativa, y además, poder demostrar que sus actuaciones son suficientes para ello. Por otro lado, las medidas a implantar no vienen predeterminadas en la normativa, sino que es necesario, en cada caso, determinar el riesgo del tratamiento, considerando para ello la naturaleza, el ámbito, el contexto, la finalidad del tratamiento y el riesgo para los derechos y libertades de las personas. Ello conlleva que las medidas a implantar en cada ocasión serán distintas y dependerán de las características de las organizaciones que traten la información personal, de la complejidad del sector, del volumen de la información tratada, de los interesados implicados y, en definitiva, del riesgo inherente al tratamiento de los datos personales.

Este trabajo no pretende remontarse a los orígenes del régimen de la protección de datos de carácter personal, por ser una materia ya tratada en la literatura y asumida por empresas y organizaciones. Tampoco pretende indagar en aspectos cuestionados en su momento pero sobre los que ya existe doctrina suficiente, sino que el objetivo es abordar el régimen en cuanto a las novedades que derivan del nuevo escenario establecido por el RGPD, así como la concreción¹⁴ llevada a cabo por la LOPDGD, en cuanto a su papel de complemento y desarrollo de la norma europea, que por otro lado, resulta de aplicación directa, y su incidencia en el turismo, y en particular, en la privacidad del turista.

¹⁴ Considerando 8 RGPD.

Nos referiremos por ello al RGPD y a la LOPDGD, ya que ambos cuerpos normativos trazan el régimen aplicable, haciendo mención, en ocasiones, a doctrina elaborada bajo los auspicios de la normativa anterior, en tanto en cuanto, sea aplicable al nuevo régimen, o, en su caso, se presentará tamizada por las nuevas directrices en materia de protección de datos personales aplicadas al sector turístico, por lo que también será necesario coherenciar estas normas con el acervo sectorial y con la regulación de la e-privacidad que excede la propia de protección de datos personales, a consecuencia de una nueva era marcada por la evolución tecnológica y de su aplicación a las comunicaciones electrónicas, con el consiguiente riesgo generado para la intimidad de la persona, en este caso, el turista.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS	7
II. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y TURISMO	13
1. El dato personal.....	13
2. Dato anónimo o disociado.....	15
3. Dato seudonimizado.....	18
4. Actividad turística y datos personales.....	20
5. Verificación: tratamientos que no requieren identificación.....	21
III. PRINCIPIOS DEL TRATAMIENTO.....	23
1. Licitud, Lealtad y Transparencia.....	23
2. Limitación de la Finalidad.....	24
3. Minimización de datos.....	26
4. Exactitud y limitación del plazo de conservación.....	27
5. Integridad y confidencialidad.....	28
6. Responsabilidad proactiva.....	28
7. Verificación: principios relativos al tratamiento.....	30
IV. BASES DE LEGITIMACIÓN PARA EL TRATAMIENTO	33
1. Consentimiento.....	33
A. Caracteres y requisitos.....	35
B. Tratamiento de datos sensibles.....	41
C. La prueba del consentimiento.....	44
D. Revocación e incentivos.....	44
E. Tratamiento de datos de menores.....	46
F. Tratamiento conforme a Directiva 95/46/CE.....	47
G. Verificación: condiciones para el consentimiento.....	48
2. Contrato.....	50
3. La Ley, el interés público y el ejercicio de poderes públicos.....	51
4. Interés legítimo.....	53
5. Verificación: Licitud del tratamiento.....	55

V. LA INFORMACIÓN	57
1. Datos recabados del interesado	57
2. Verificación: información. Datos obtenidos del interesado	58
3. Datos no recabados del interesado	59
4. Verificación: información. Datos no obtenidos del interesado	60
5. Caracteres, cauces y modos	62
6. Verificación: transparencia de la información	64
7. La modalidad «por capas»	65
VI. DERECHOS DE LOS INTERESADOS	69
1. Acceso	69
2. Verificación derecho de acceso	71
3. Rectificación y supresión u olvido	71
4. Verificación: rectificación y supresión	74
5. Portabilidad	75
6. Verificación: portabilidad	77
7. Oposición	77
8. Verificación: oposición	78
9. Limitación del tratamiento	78
10. Verificación: limitación del tratamiento	79
11. Ejercicio	80
VII. EL RESPONSABLE, EL ENCARGADO Y SU RELACIÓN	83
1. El responsable	83
2. Verificación: responsable y corresponsable del tratamiento	87
3. El encargado	87
4. Verificación: encargado del tratamiento	90
5. El contrato entre responsable y encargado	91
6. La subcontratación	93
VIII. LAS MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD ACTIVA	95
1. Análisis del riesgo	95
2. Registro de actividades de tratamiento	98
3. Verificación: registro de actividades de tratamiento	99
4. Proteger datos desde el diseño y por defecto	100
5. Verificación: desde el diseño y por defecto	102
6. Implantar medidas de seguridad	102
7. Verificación: medidas de seguridad	103
8. Notificar violaciones de seguridad de los datos	104
9. Verificación: brechas de seguridad	107
10. Evaluación de impacto	108
11. Verificación: evaluación de impacto	111
12. Delegado de protección de datos (DPD)	113

A. Casos en los que es obligatorio.....	113
B. Cualificación y funciones.....	116
C. Posición en la entidad.....	117
D. Verificación: DPD.....	118
13. Bloqueo.....	119
14. Autorregulación.....	119
A. Códigos de conducta.....	121
B. Certificados y sellos.....	122
IX. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS.....	125
1. El nivel de protección adecuado.....	126
2. Excepciones al nivel de protección adecuado.....	128
3. Intervención de la autoridad de control.....	129
4. <i>Privacy Shield</i> entre Europa y EEUU.....	130
5. Verificación: transferencias internacionales.....	131
X. EQUILIBRIO ENTRE PROTECCIÓN DE DATOS Y TURISMO.....	133
1. Elaboración de perfiles y publicidad.....	134
A. La base del tratamiento.....	135
B. Principios relativos al tratamiento.....	138
C. Los derechos del afectado.....	139
D. Decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado.....	141
E. La importancia de la información.....	143
F. Elaboración de perfiles de niños.....	144
G. Verificación: elaboración de perfiles.....	145
2. Publicidad comportamental en línea.....	146
A. Consentimiento condicionado a la prestación de servicios.....	147
B. En el origen... las <i>cookies</i>	148
C. <i>Cookies</i> y datos personales.....	150
<i>i. La información.....</i>	<i>152</i>
<i>ii. El consentimiento.....</i>	<i>153</i>
D. La Propuesta de Reglamento <i>e-Privacy</i>	156
3. Comunicaciones comerciales.....	163
A. Comunicaciones comerciales a distancia.....	163
B. Comunicaciones comerciales electrónicas.....	164
C. Sistemas de exclusión publicitaria.....	165
D. La Propuesta de Reglamento <i>e-Privacy</i>	165
4. Videovigilancia.....	166
A. Base de legitimación.....	167
B. Captación del espacio público desde el espacio privado.....	169
C. La reproducción de imágenes en tiempo real sin grabación.....	171
D. Grabación en zonas comunes.....	173
E. Grabación de los empleados.....	174
F. El distintivo reglamentario.....	177

5. Big data	180
A. Significado y tecnología <i>Big Data</i>	180
B. Ventajas y riesgos.....	182
C. La anonimización de los datos personales	185
D. La base del tratamiento: consentimiento o interés legítimo.....	188
6. Plataformas colaborativas	189
A. ¿SSI o proveedor de servicio subyacente?	192
B. Las aplicaciones en dispositivos inteligentes	195
C. La vivienda vacacional y el deber tributario de informar.....	198
<i>i. La declaración informativa como prevención del fraude fiscal</i>	198
<i>ii. Obligación tributaria y datos personales</i>	201
7. Seguridad global y datos de viajeros	205
A. Los datos de los pasajeros de aerolíneas (Registro PNR)	206
B. Libros registro y partes de entrada de viajeros.....	211
XI. UN CASO CONCRETO: POLÍTICA DE PRIVACIDAD DE AIRBNB...	213
1. Información personal recopilada	214
A. Proporcionada por el usuario.....	215
<i>i. Necesaria para utilizar la plataforma Airbnb</i>	215
<i>ii. Información que se proporciona voluntariamente</i>	216
<i>iii. Información necesaria para el uso de los servicios de pago</i>	217
B. Recopilada automáticamente	217
C. Recopilación de información de terceros.....	219
2. Fines de la recopilación de los datos	221
A. Proporcionar, mejorar y desarrollar la plataforma Airbnb	221
B. Crear y mantener un entorno de confianza y seguridad.....	221
C. Mejorar la publicidad y la comercialización	222
D. En especial, en los servicios de pago.....	222
3. La cesión y divulgación de información	223
A. Con consentimiento	223
B. Entre Miembros.....	224
C. Perfiles, anuncios y demás información pública	224
D. Servicios adicionales que prestan los Anfitriones.....	225
E. Normas, requerimientos, prevenir daños y proteger derechos.....	225
F. Proveedores de servicios	226
G. Filiales corporativas.....	226
H. Plataformas de comunicación social	227
I. Cobro y transferencia de impuestos sobre el alojamiento.....	227
J. Registro gubernamental	228
K. Información del Anfitrión para viajes de trabajo	228
L. Información del Huésped para viajes de trabajo	228
M. Transmisiones comerciales.....	228
N. Datos agregados.....	229
4. Otra información importante	229

5. Derechos	230
A. Administración de la información.....	230
B. Rectificación de información incorrecta o incompleta.....	230
C. Acceso a los datos y portabilidad.....	230
D. Retención y eliminación de los datos	231
E. Revocación del consentimiento y limitación	232
F. Oposición al tratamiento de los datos.....	232
G. Presentación de reclamaciones.....	233
6. Funcionamiento global	233
7. ¿Es la política de privacidad de Airbnb transparente?	234
A. Cómo informa Airbnb	234
B. De qué informa Airbnb	238
C. La política de <i>cookies</i> de Airbnb	244
XII. BIBLIOGRAFÍA	249