

La consulta plantea si resulta conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, el procedimiento de información sobre el tratamiento de datos de carácter personal de sus clientes efectuado por la consultante, con motivo de la contratación del servicio técnico de reparación con ésta, al tiempo que se les informa de la remisión de información comercial y publicitaria sobre los productos que esta empresa comercializa.

I

Tal como se describe en la consulta, la empresa vende pequeños electrodomésticos y presta servicios de reparación postventa o asistencia técnica a quienes solicitan el mismo, procediendo a la recogida de datos personales cuando el cliente solicita el servicio de reparación telefónicamente o a través de su página web. La consultante les informa del tratamiento de sus datos en los albaranes de entrega del producto reparado, o mediante un formulario de consulta que aparece en su web. En ambos supuestos se les informa de que sus datos van a ser utilizados con fines publicitarios y comerciales de productos de la empresa, y que podrán oponerse a dicho tratamiento a través de un email de respuesta o un número de teléfono del servicio 902.

El tratamiento de datos viene definido en el artículo 3.c) de la LOPD como *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

Asimismo, el artículo 5.t) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, describe el tratamiento de datos como *“Cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

En consecuencia, la recogida de datos personales que va a efectuar la consultante supone un tratamiento de datos personales, sujeto a los requisitos y obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos, con independencia de que se utilicen o no con fines comerciales.

Con carácter general, tal y como dispone el artículo 6.1 de la LOPD, “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal.....; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.”

En relación con el cumplimiento del deber de información, también denominado principio de transparencia en el tratamiento de datos, constituye uno de los pilares esenciales del sistema establecido en la Ley Orgánica 15/1999. De este modo, para que sea posible el tratamiento de los datos de carácter personal, con independencia de que sea preciso el consentimiento del afectado o de que los datos procedan de aquél o de terceras fuentes en virtud de una cesión lícita, será preciso que el afectado sea adecuadamente informado, en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.

La información al afectado debe producirse en el momento de la recogida de sus datos de carácter personal, de los extremos esenciales relacionados con el tratamiento.

El deber de información al afectado aparece regulado en la LOPD por su artículo 5, cuyo apartado 1, aplicable al supuesto de recogida de datos del propio afectado, como sucedería en el caso descrito en la consulta, establece que “Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”

Añadiendo el artículo 18 del Real Decreto 1720/2007, Reglamento de la LOPD, respecto a la acreditación del cumplimiento del deber de información lo siguiente:

“1.- El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado.

2.- El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá procederse al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.”

Dicho lo anterior, a nuestro juicio, la conservación de la prueba que acredita el cumplimiento del deber de información será imprescindible para asegurar que el tratamiento de los datos se ha adecuado a las exigencias contenidas en la Ley, pudiendo proceder a su archivo a través de algún tipo de soporte informático, siempre que resulte imposible proceder posteriormente a una alteración de los datos.

Ello se funda en que, en caso contrario, no podrá presumirse la existencia del adecuado consentimiento al tratamiento ya que, la carga de la prueba de la posesión por la titular del fichero de los instrumentos necesarios para acreditar el cumplimiento del deber de información constituye una cautela esencial.

Conforme ha señalado reiteradamente la doctrina emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional, recaerá sobre quien proceda al tratamiento de los datos la carga de acreditar que ha cumplido efectivamente con el deber impuesto por el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, del mismo modo que corresponderá a aquél la carga de la prueba del consentimiento prestado por el interesado, toda vez que sin uno u otro se produciría una vulneración de lo dispuesto en la Ley Orgánica, efectuándose un tratamiento que no cumple con los requisitos establecidos en la misma.

Ahora bien, la acreditación de la efectiva información al afectado puede llevarse a cabo no sólo mediante la aportación del documento firmado por aquél en que conste que el mismo ha sido informado, sino también mediante la existencia de indicios que de forma inequívoca permitan fundar que el interesado hubo de ser informado acerca del tratamiento de los datos de carácter personal.

Así sucederá, por ejemplo, en supuestos en los que la información no es facilitada al responsable del fichero de forma presencial, como por ejemplo cuando se recoge a través de un formulario en un sitio web. En este caso, la acreditación del cumplimiento del deber de informar se producirá mediante la acreditación a su vez de que el interesado no pudo facilitar sus datos sin aceptar la información que le fue facilitada en relación con el tratamiento.

De este modo, si constase de forma indubitada que el interesado hubo de conocer esta información con carácter previo a facilitar sus datos, de forma que en caso contrario no se pudiese producir el tratamiento, acreditándose esta

circunstancia a través, por ejemplo, de un procedimiento fiable y auditable que lo certifique, podría entenderse cumplido el deber de información sin necesidad de que se conservasen los soportes en que constase la aceptación del interesado de la información que le ha sido suministrada.

III

A la recogida de datos de carácter personal a través de un sistema informático, esto es, a través de la página web de una empresa, también se le exige cumplir con los deberes anteriormente señalados (obtener el consentimiento informado del interesado para el tratamiento de sus datos y la de informar sobre los derechos que les asisten). Estas obligaciones suelen cumplirse mediante formularios y cláusulas a los que se accede a través de enlaces como pueden ser “aviso legal” o “política de protección” siendo necesario, que los afectados no puedan introducir dato alguno en la base de datos sin antes tener conciencia del citado aviso y “aceptarlo”.

Quiere ello decir que cuando los datos se recogen de los afectados el deber de información al afectado no es posterior al tratamiento de sus datos, sino previo, debiendo verificarse en el momento en que el dato es recogido, sin que sea admisible considerar que será posible informar posteriormente a la recogida del dato acerca del tratamiento del mismo.

En el supuesto de que la recogida de datos se realice telefónicamente, la acreditación de los requisitos exigidos por la Ley para proceder al tratamiento de datos personales, podrá hacerse a través del establecimiento de una alocución permanente grabada en la que se haga referencia al tratamiento de los datos informando de los extremos contenidos en el artículo 5.1 y de la conservación de las cintas mientras dure el tratamiento.

En consecuencia, la inclusión de la información del artículo 5 de la LOPD en los albaranes de entrega del producto ya reparado no se considera ajustada a lo señalado anteriormente, de modo que deberá facilitarse la información al solicitante del servicio cuando se le recaben telefónicamente los datos o en el documento de depósito o recogida del objeto a reparar o en el formulario de recogida habilitado en la web de la empresa, y no en una fase posterior del cumplimiento del contrato de prestación de servicios, como sería a la entrega del producto ya reparado.

IV

La cláusula relativa al cumplimiento del deber de información que el consultante sugiere, prevé la utilización de los datos de los afectados para un uso no vinculado al desarrollo del contrato, como es remitirles información comercial sobre sus productos, señalando a su vez que el afectado podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oponerse a recibir información comercial bien mediante solicitud escrita y firmada, el envío de un

email a la dirección de correo electrónico de la empresa o mediante llamada telefónica a un número telefónico de tarificación adicional (902).

En la medida en que los datos van a ser utilizados para fines no vinculados con el cumplimiento y desarrollo del contrato de prestación de servicios, el responsable del tratamiento, la consultante, deberá recabar el consentimiento libre, inequívoco, específico e informado del usuario del servicio para estos fines, de acuerdo con la regla general del artículo 6.1 de la LOPD, teniendo en cuenta además, que el artículo 4.2 que regula los principios generales de la protección de datos señala que: “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles (diferentes) con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. ...”.

En el supuesto que nos ocupa los datos son recogidos directamente del afectado en el momento de la celebración del contrato, pretendiéndose su tratamiento para fines no vinculados directamente con su mantenimiento o desarrollo, por lo que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que dispone:

“Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.”

A tal efecto, el artículo 14.4 del Reglamento señala que “.....En particular se considerará ajustado al presente reglamento los procedimientos en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento, la llamada a un número de teléfono gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido.”

En atención a lo señalado, debe concluirse que la llamada de teléfono a un número 902 de tarificación adicional, que implica un coste para el afectado, no se encuentra entre los procedimientos permitidos por la LOPD y su Reglamento para oponerse al uso con fines de publicidad y promoción comercial de los productos de la consultante.



A la vista de lo expuesto hasta este lugar, deben efectuarse las siguientes observaciones en relación con la cláusula sometida al parecer de la Agencia:

La cláusula informa al afectado acerca de la existencia de un fichero en el que se enumeran la totalidad de las finalidades del mismo. Como se ha indicado, el tratamiento de los datos para algunas de dichas finalidades, necesarias para el adecuado mantenimiento de la relación contractual, no requerirá del consentimiento del afectado, mientras que en los restantes supuestos tal consentimiento será preciso recabarse el “consentimiento expreso” del afectado para ello.

Por este motivo, resulta necesario diferenciar en el contenido de la cláusula ambos supuestos, a fin de que el interesado pueda conocer qué uso efectivo de sus datos va a llevarse a cabo sin contar con su consentimiento y en qué supuestos ese tratamiento dependerá, precisamente, de la prestación de aquél.

VI

Por otra parte, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante LSSI), en el número primero del artículo 21 de la LSSI prohíbe expresamente “el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.”

El número segundo del artículo 21 introduce los supuestos en que la prohibición anterior queda exceptuada al establecer que “Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.”

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.”

Además, el párrafo referido a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición deberá ubicarse al final de la cláusula e ir referido a la totalidad de los tratamientos que van a llevarse a cabo.

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de consentimiento, debe recordarse que la Agencia Española de Protección de Datos ha venido

indicando que la mera expresión “fines comerciales” no resulta suficiente para la identificación de la finalidad que justifica el tratamiento, exigida por el artículo 5.1 a) de la Ley Orgánica 15/1999 y precisa para que el consentimiento pueda considerarse inequívoco, tal y como exige el artículo 3 h) de dicha Ley.

De este modo, debería especificarse en la cláusula que las acciones comerciales consistirán en la remisión de comunicaciones publicitarias de los productos y servicios que se detallan en la cláusula.

Además, deberá indicarse expresamente que el consentimiento prestado podrá ser revocado en cualquier momento, sin poder exigirse para dicha revocación, distinta del ejercicio del derecho de cancelación, ningún requisito adicional a los que se hayan exigido para la prestación del consentimiento.

Todo ello en aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.