



Informe 0059/2009

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 documento de información sobre el tratamiento y cesión de datos de carácter personal del consultante que le remite una empresa con objeto de enviarle comunicaciones publicitarias y de prospección comercial de productos de la citada empresa y de las que menciona en la comunicación dirigida al consultante.

I

De los términos de la consulta se desprende que determinada empresa dedicada a la publicidad y prospección comercial de productos de la industria farmacéutica ha remitido al consultante, médico del servicio de salud vasco, la carta que se adjunta a la misma, en la que le informa sobre el tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal y le concede un plazo de treinta días para que manifieste si se opone a dichos tratamientos, indicándole la dirección de correo electrónico y número de teléfono gratuito a través de los cuales podrá oponerse.

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.”

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 se recojan para el ejercicio de funciones propias de las

Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”

A su vez la cesión de datos definida en el artículo 3 i) de la LOPD como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.” Aparece regulada en el artículo 11.1 de la LOPD que establece como regla general para la cesión o comunicación de datos de carácter personal a un tercero la necesidad de obtener previamente el consentimiento del interesado, salvo las excepciones recogidas en su número 2.

Este consentimiento deberá ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 h) de la Ley “libre, inequívoco, específico e informado”, debiendo, en consecuencia, aparecer vinculado a las finalidades determinadas, específicas y legítimas que justifican el tratamiento de los datos, de manera que los datos únicamente podrían ser tratados en el ámbito de las mencionadas finalidades, tal y como dispone el artículo 4.1 de la misma norma, no pudiendo ser tratados para fines incompatibles con aquéllas (artículo 4.2 de la LOPD).

A su vez, el artículo 12 del Real Decreto 1720/2007, de 13 de diciembre, que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, establece: “Principios generales. 1.- El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal, salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.

3.- Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.”

En definitiva, será necesario el consentimiento previo del afectado titular de los datos para que un tercero pueda tratar o ceder sus datos de carácter personal, si no estamos ante alguno de los supuestos excepcionados en el artículo 6.2 y 11.2 de la LOPD. Procede, por consiguiente examinar si en el supuesto consultado estamos ante una de estas excepciones, y si, como

presupuesto para la legalidad del tratamiento de datos se ha procedido a cumplir con el deber de información al interesado, sea o no exigible dicho consentimiento.

## II

En cuanto al 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, cuyo apartado 4, aplicable al supuesto en que los datos no hubieran sido recogidos del propio afectado, como sucedería en el caso descrito en la consulta, establece que “ Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo, es decir:

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.

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.”

El número 5 de este artículo recoge los supuestos en que no será preceptiva la información al interesado, señalando su inciso segundo entre ellos, cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten.

Por consiguiente, si el tratamiento y cesión de los datos de carácter personal se realiza con fines de publicidad y prospección comercial, para que pueda llevarse a cabo sin consentimiento del afectado, conforme a las normas de protección de datos, los datos deberán haberse obtenido por la responsable del tratamiento de fuentes accesibles al público.



Este precepto está en correlación con lo dispuesto en el artículo 30 de la LOPD, que en su apartado 2 dispone que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.5 de dicha Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informara del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten.”

### III

El artículo 3 j) de la LOPD define las fuentes accesibles al público como “aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos en su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.”

En consecuencia, uno de los contenidos que se han de reflejar en el documento de información sobre el tratamiento de datos, es el origen o procedencia de los datos del afectado, que, como se ha dicho, deberá ser una fuente accesible al público si el tratamiento aparece vinculado a fines publicitarios o prospección comercial si no se ha recabado el consentimiento del afectado.

De modo que, una vez examinado el documento recibido por el consultante adjunto a la consulta, debe concluirse que, si bien informa sobre los extremos de los apartados a), d) y e) del apartado 1 del artículo 5, y teniendo dicho tratamiento y cesión una finalidad de publicidad o prospección comercial, no consta que la empresa remitente mencione que los mismos los haya obtenido de alguna de las fuentes accesibles al público, ni estamos ante alguna de las restantes excepciones a la necesidad del consentimiento del artículo 6.2 anteriormente señaladas, por lo que la información facilitada al consultante no resulta suficiente a la luz de las normas citadas, y sería preciso recabar el consentimiento del consultante para dichos tratamientos.

La exigencia de hacer constar la procedencia de los ficheros donde se contienen los datos del afectado tiene su fundamento legal además en el artículo 45 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, donde se regula que. “1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:

a) Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público a las que se refiere la letra j) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y el artículo 7 de este Reglamento y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado.

b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.

2. Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, deberá informarse al interesado en cada comunicación que se le dirija del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten, con indicación de ante quién podrán ejercitarse.

A tal efecto, el interesado deberá ser informado de que sus datos han sido obtenidos de fuentes accesibles al público y de la entidad de la que hubieran sido obtenidos.”

Al exigirse que el interesado sea informado de la entidad de la que se hubiesen obtenidos los datos, es imprescindible informar de las fuentes de procedencia. De no hacerlo así, deberá contarse con el consentimiento libre, inequívoco, específico e informado del afectado, conforme disponen los artículos 6.1 y 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999, como se viene diciendo.

#### IV

En cuanto al derecho de oposición al tratamiento y cesión de datos de carácter personal del consultante, sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, el artículo 17 de la LOPD remite al Reglamento la regulación del procedimiento para llevarlo a cabo. En virtud de ello, el artículo 14.2 establece que “El responsable podrá dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la LOPD y 12.2 de este Reglamento, y deberá concederle un plazo de 30 días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que en caso de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal.”

Su número 4, a su vez, dice: “Deberá facilitarse al interesado un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de los datos. En particular, se considerará ajustado al presente Reglamento los procedimientos en los que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante el envío prefranqueado al responsable del tratamiento, la llamada a un número

telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido.”

Este procedimiento para ejercitar su derecho de oposición es el regulado en el artículo 51 del Reglamento no obstante lo cual, el consultante solicitó, al parecer, la cancelación de sus datos. Al respecto señala el artículo 24. 5 que “El responsable del fichero o tratamiento deberá atender la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición ejercida por el afectado aún cuando el mismo no hubiese utilizado el procedimiento establecido específicamente al efecto por aquél, siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud, y que ésta contenga los elementos referidos en el párrafo 1 del artículo siguiente.” A su vez, el artículo 32.2 señala que “El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de cancelación o rectificación en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido dicho plazo, sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD.”

Dicho lo anterior, debe por último señalarse que ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones previstas anteriormente por el responsable, o cualquier actuación de éste contraria a la Ley Orgánica 15/1999 y su Reglamento podrá pedirse la tutela de derechos ante esta Agencia Estatal de Protección de Datos (artículo 18).

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