

La consulta solicita el parecer de la Agencia sobre el procedimiento descrito en la misma, a los efectos de entender otorgado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

Según se describe en la consulta, el tratamiento de los datos personales se produce como consecuencia, del acceso por parte del técnico de la consultante a toda la información personal que tenga el cliente en su ordenador, para por vía de control remoto, motorizar el ordenador del cliente y resolver su incidencia.

La Agencia Española de Protección de Datos y la doctrina emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, vienen señalando reiteradamente que el consentimiento del interesado, salvo cuando el mismo se refiera al tratamiento y cesión de datos especialmente protegidos.

Si bien, respecto al procedimiento descrito en la consulta para otorgar el consentimiento, se trata de una cuestión sobre la cual la Agencia, ya se ha pronunciado para otorgar validez, cuando el usuario hace click en el botón de acepto, así consta en la Resolución de fecha 6 de noviembre de 2008, señalando que:

*“Conforme se ha argumentado en anteriores fundamentos de derecho existe un tratamiento de datos personales y Google es el responsable del mismo.*

*Es necesario, por tanto, analizar cuál es la legitimación de Google para llevarlo a cabo. Y este análisis debe comprender, para dar respuesta a la denuncia de FACUA un doble aspecto: El que afecta a los datos personales del propio usuario de Gmail y el que afecta a la publicidad personalizada que Google asocia al contenido de los correos electrónicos que recibe dicho usuario. Todo ello desde la perspectiva del usuario registrado en el servicio Gmail, cuya imposibilidad de ejercer el derecho de oposición sobre el uso de sus datos con fines publicitarios, así como la vulneración de la prohibición de enviarle publicidad no autorizada, denuncia FACUA.*

*El artículo 6 de la LOPD, consagra la regla general del consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de sus datos. Y añade en su apartado 2 que no será preciso dicho consentimiento, “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”.*

*Por su parte, el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), también alegada por FACUA en su denuncia, prohíbe “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”.*

*De esta regla, que establece el régimen general del tipo de comunicaciones comerciales mencionado, se exceptúan aquellos casos en que haya existido una relación contractual previa en cuyo marco se hubieran obtenido lícitamente los datos del destinatario de la comunicación publicitaria, y estos se utilizaran para el envío de comunicaciones comerciales sobre productos o servicios de la propia empresa similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación. En tal caso debe ofrecerse al destinatario de la comunicación la posibilidad de oponerse al tratamiento de datos con fines promocionales tanto en el momento de su recogida como en cada una de las comunicaciones comerciales que se le dirijan.*

*A este respecto, el documento general de privacidad de los servicios de Google incluye una información genérica sobre la posibilidad de “utilizar la información personal para ofrecer los servicios que ha solicitado, incluyendo servicios que muestren el contenido y la publicidad personalizada”.*

*Respecto del tratamiento de datos, añade que “los servidores de Google graban la información de manera automática cuando usted visita nuestro sitio web o utiliza algunos de nuestros productos, incluyendo URL, dirección IP, tipo de buscador e idioma y la fecha y hora de solicitud”.*

*El documento “Política de privacidad de Google”, accesible para el usuario que se registra en el servicio Gmail, informa de que en el mismo se “describe cómo tratamos la información personal cuando utiliza los productos y servicios de Google, incluyendo información facilitada cuando utiliza Gmail. Adicionalmente, a continuación se describen nuestras prácticas de privacidad específicas para Gmail”.*

*El documento de privacidad específico de Gmail, después de indicar el tipo de información que se graba de manera automática, según consta en los antecedentes de hecho, en el apartado de Usos, señala que “Google mantiene y procesa su cuenta de Gmail y sus contenidos para poder facilitarle el servicio Gmail y mejorar nuestros servicios”. Añade que “el servicio Gmail incluye publicidad relevante y enlaces basados en la dirección IP, contenido de los mensajes y otro tipo de información relacionada con el uso que usted haga de Gmail”. E informa de que “los equipos de Google procesan la información de sus mensajes con varios propósitos, incluyendo (...) distribuir anuncios y enlaces relacionados (...)”.*

*El hipervínculo “Términos del Servicio” reitera que “algunos servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones”.*

*En particular, al crear la cuenta Google se informa al usuario de que “al hacer “click” en el botón “Acepto” que aparece a continuación, acepta tanto los Términos del Servicio anteriores como la Política de privacidad”.*

*Posteriormente, cuando se accede a los mensajes recibidos por el usuario del servicio Gmail, al aparecer automáticamente los “enlaces patrocinados”, figura en la parte inferior derecha de la pantalla un hipervínculo con el texto “Acerca de estos vínculos”, que conduce a un documento denominado “Enlaces en la barra lateral”, incluyendo un nuevo enlace con “Más*

*información”, en el que se informa de que “los usuarios de Gmail no pueden rechazar la opción de recibir anuncios porque estos enlaces patrocinados ayudan a Google a sufragar los costes derivados de la distribución gratuita de Gmail entre los usuarios”.*

*En definitiva a lo largo de un proceso de acceso a la información que facilita Google a través de diversos hiperenlaces se va informando de que se tratan sus datos personales con una indicación sucesiva de los mismos, de que el usuario de Gmail autoriza al tratamiento de su cuenta de correo y del contenido de sus mensajes para que se asocie publicidad personalizada y de que los servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones. O lo que es lo mismo, que el precio del servicio que paga el usuario es autorizar el tratamiento de sus datos personales para recibir publicidad.*

*Y, en medio del proceso informativo, una aceptación expresa de los términos del servicio y de la política de privacidad a través de un click en el botón “Acepto”.*

*A la vista de lo expuesto cabe considerar que la información facilitada por Google a los usuarios del servicio Gmail presenta deficiencias.*

*Así, el conocimiento íntegro de los tratamientos a que van a ser sometidos los datos personales se encuentra disperso, siendo preciso para ello acudir a distintos hiperenlaces sucesivos. Y, también, porque las cláusulas informativas resultan en bastantes ocasiones genéricas para el conjunto de los servicios de Google, de forma que no se facilita que el usuario tenga un conocimiento claro y preciso sobre cómo se traducen aquellas informaciones respecto de cada uno de los concretos servicios que utiliza.*

*Situación que contrasta con la nitidez que se ofrece puntualmente al suscriptor del servicio Gmail cuando se le ofrece la posibilidad, si accede sucesivamente al contenido de otros dos hiperenlaces (“Acerca de estos vínculos” y “Más información”), de conocer una información rotunda: que “los usuarios de Gmail no pueden rechazar la opción de recibir anuncios porque estos enlaces patrocinados ayudan a Google a sufragar los costes derivados de la distribución gratuita de Gmail entre los usuarios”.*

*En conclusión, sin perjuicio de las deficiencias expuestas, cabe considerar tanto a los efectos de la LOPD, como de la LSSI, cuyo incumplimiento denuncia FACUA, que el usuario registrado del servicio Gmail presta un consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales y para la asociación de publicidad personalizada, puesto que es la contrapartida para la prestación gratuita del servicio .*

*En particular, en relación con el régimen de garantías establecido en la LSSI, la legitimación de Google se basa en la autorización expresa exigida por su artículo 21.1 y no en la excepción a la misma contemplada en el artículo 21.2, que es la que se articula sobre la base de informar y ofrecer un procedimiento sencillo y gratuito para oponerse ulteriormente al tratamiento de los datos, criterio que es conforme con la interpretación de la Directiva 2002/58/CE (Considerandos 40 y 41).”*

Asimismo la validez de este criterio se recoge en la Declaración de los buscadores de Internet, publicada en la página web de la Agencia [www.agpd.es](http://www.agpd.es) *“Adicionalmente, en los casos en los que los usuarios de los servicios optan voluntariamente por registrarse como usuarios de servicios personalizados, la legitimación por el tratamiento de sus datos encontraría un fundamento específico basado en el consentimiento de los usuarios registrados.*

*De lo expuesto debe concluirse que la legitimación para el tratamiento de datos de los usuarios afecta a las finalidades relacionadas directamente con el servicio de búsqueda, como son la prestación y mejora del mismo, la seguridad, la detección de fraudes y la facturación. Si bien, la utilización de los datos personales que se lleve a cabo debe ser proporcionada, en cada caso, a la finalidad que la justifica.”*

En consecuencia, se admitirá el procedimiento descrito en la consulta, esto es, que el cliente acepte, validando la correspondiente pestaña, siempre que aparezca la información relativa al tratamiento de sus datos personales y las medidas de seguridad que en su caso se van adoptar.

A mayor abundamiento, estos criterios, podrían hacerse constar en el contrato de mantenimiento que firme el cliente con la entidad, donde se puede describir el procedimiento utilizado por los técnicos para resolver las incidencias, y en que medida dicho procedimiento implica un tratamiento de sus datos personales, para lo que necesitará su consentimiento.