



I

La consulta plantea hasta un total de doce cuestiones relacionadas con la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en los supuestos de realización de campañas publicitarias, describiendo distintos escenarios en que las mismas tendrán lugar y planteando cuestiones concretas en cada uno de ellos, así como una cuestión final referente a la aplicación al caso que en ella se describe de las normas contenidas en el artículo 47 del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999.

II

Antes de entrar en el estudio de las cuestiones planteadas, debe tenerse en cuenta que en la totalidad de las mismas se prevé que el anunciante o beneficiario de la publicidad no participará en ningún supuesto en la determinación de los parámetros identificativos que delimiten al público objetivo de la campaña. Esta cuestión resulta especialmente relevante en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal, toda vez que el artículo 46 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 se refiere expresamente al papel de los distintos intervinientes en una campaña publicitaria “en caso de que una entidad contrate o encomiende a terceros la realización de una determinada campaña publicitaria de sus productos o servicios, encomendándole el tratamiento de determinados datos”. De este modo, el precepto prevé tres supuestos distintos en que, siguiendo la doctrina mantenida hasta ese momento por la doctrina de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la beneficiaria de la publicidad tendría o no la condición de responsable del tratamiento. De este modo:

- Cuando los parámetros identificativos de los destinatarios de la campaña sean fijados por la entidad que contrate la campaña, ésta será responsable del tratamiento de los datos.
- Cuando los parámetros fueran determinados únicamente por la entidad o entidades contratadas, dichas entidades serán las responsable del tratamiento.
- Cuando en la determinación de los parámetros intervengan ambas entidades, serán ambas responsables del tratamiento.

La conformidad a derecho del citado precepto ha sido puesta de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, dictada en el recurso interpuesto por la propia consultante, en cuyo fundamento de derecho decimoquinto se señala lo siguiente:

Con independencia de que la norma de mención no impone ninguna obligación <<ex novo>>, y ello por la sencilla razón de que no prevé obligación alguna, limitándose a concretar la entidad o entidades responsables del tratamiento de datos en campañas publicitarias, es de significar que la regulación que al respecto contempla nada añade a la previsión del artículo 5.1.q) que, conforme ya vimos (fundamento de derecho noveno) define al responsable del fichero o del tratamiento como la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente" .

Si en el expresado fundamento llegábamos a la conclusión, frente a la impugnación de la recurrente de dicho artículo 5.1.q), que la previsión que contiene ninguna extralimitación supone en relación a la Ley, no otra solución cabe adoptar respecto a la pretensión impugnatoria que ahora nos ocupa."

En la mencionada remisión, la Sentencia completa el razonamiento, exponiendo que:

"Pues bien, en atención a lo expuesto, mal puede sostenerse que la frase del artículo 5.1.a) del Reglamento "aunque no lo realizase materialmente" suponga una ampliación de las personas responsables. Ni la tesis que en tal sentido propugna la recurrente es defendible en una interpretación de los artículos 2. d), e) y f) de la Directiva y 3 .d) y g) de la Ley a la luz del precepto constitucional, en cuanto excluye de toda responsabilidad, con independencia de que lo considere o no como tercero, a quien con sus decisiones marca las directrices a seguir en el tratamiento de los datos personales, con la consiguiente desprotección de las personas físicas que el precepto constitucional quiere defender, ni lo es tampoco en atención a las definiciones que ofrecen dichos preceptos, de cuyos textos se infiere, sin margen de duda, que el concepto de persona responsable se anuda al poder de determinación o de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento."

En consecuencia, la totalidad de las conclusiones que se alcancen en el presente informe partirán de la premisa de que la entidad beneficiaria de la publicidad no participa en ningún caso en la determinación de los parámetros identificativos de los destinatarios de la campaña.

Del mismo modo, se considerará a lo largo del presente informe que la entidad denominada agente comercial por la consultante no adoptará tampoco decisión alguna vinculada a la citada petición, de forma que o bien no acceda a los datos, limitándose a servir de agente de las entidades responsable del o los



ficheros de los que procedan los datos de los destinatarios de las campañas o bien realizará operaciones de mero tratamiento de datos por cuenta de aquéllas, sin tomas por sí misma decisión alguna en relación con la fijación del público objetivo de la campaña.

En consecuencia, no se considerará aplicable lo que se indique en el presente informe a aquellos casos en los que las responsables de los ficheros faciliten una copia del mismo al “agente comercial” para que proceda al cruce de la información contenida en los mismos a fin de fijar parámetros vinculados a la condición o no de clientes de los afectados de una o varias de las entidades responsable que le hayan facilitado los datos. Del mismo modo, lo que se señale aquí no será de aplicación a los supuestos en los que sea la entidad denominada “agente comercial” la que además de realizar las actividades de tratamiento por cuenta de las responsables, adopte alguna decisión referida al citado tratamiento y, en particular, la delimitación a través de cualesquiera criterios, del público objetivo de la campaña mediante la determinación de los parámetros identificativos a los que se refiere el artículo 46.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

III

También con carácter previo, a fin de poder clarificar en la estructuración del informe con mayor sencillez la respuesta a las cuestiones planteadas debe ahora hacerse referencia al modo en que deberá recabarse el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos en el marco de una campaña publicitaria.

En este sentido, el artículo 45 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 dispone en su apartado 1 b) que “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 (...) 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”.

En relación con este precepto, el Tribunal Supremo, en la ya mencionada Sentencia de 15 de julio de 2010 ratifica su ampro en la Ley Orgánica 15/1999, señalando lo siguiente:

“Ubicado el artículo en el Capítulo II del Título IV, dedicado a los tratamientos para actividades de publicidad y prospección comercial,

contrariamente a lo que sostiene la recurrente, la información que requiere sobre los sectores específicos y concretos de la actividad respecto de la que se va a recibir información o publicidad, no carece de amparo legal.

El artículo 3.h) de la Ley 15/1999 cuando define el "consentimiento del interesado" como "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernen" y el artículo 11.3 cuando expresa que "Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretende comunicar" , revelan la preocupación del legislador en defender el derecho fundamental del poder de disposición y de control de los datos personales, exigiendo un consentimiento revestido de todas las garantías entre las que interesa destacar la relativa a que el interesado conozca que se va a realizar un tratamiento con sus datos y que es lo que se va a hacer con ellos, mostrándose singularmente contundente cuando de la comunicación de datos se trata al prever la nulidad del consentimiento cuando la información facilitada no es suficiente para conocer la finalidad a que se destinarán o el "tipo de actividad" de aquel a quien se pretende comunicar.

Lo que persigue el legislador es impedir que una información carente de concreción pueda servir para apreciar un consentimiento informado. Pues bien, sin traspasar esa línea que marca el legislador, el último párrafo de la letra b) del artículo 45.1 , concreta para un ámbito especialmente sensible, cual es el de las actividades de publicidad y prospección comercial, el derecho de información.

Cuando el precepto impugnado exige que se informe a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de la actividad de publicidad o prospección comercial realmente no establece ninguna obligación adicional al deber de informar que impone el artículo 3 .h) y el artículo 11.3. Si el primero de los indicados preceptos exigen un consentimiento informado y el segundo concreta que la información debe abarcar todos aquellos datos y circunstancias que permitan conocer al interesado no solo la finalidad a la que van a ser destinados los datos que facilita, sino también la actividad de aquel a quien se pretende comunicarlos, mal puede entenderse que se da cumplimiento al mandato legal si no se ofrece en la información facilitada una puntual descripción de los sectores específicos y concretos en que incide la actividad publicitaria o de prospección comercial."

Este criterio no es sino la ratificación del mantenido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 13 de abril de 2005, referida a un supuesto en que el consentimiento era recabado mediante la inclusión de una leyenda en un cupón de pedido que contenía "en letra pequeña" la siguiente información: "Los datos personales facilitados se han incorporado al fichero automatizado



Arcadia Internacional SA autorizándose su tratamiento para el mantenimiento de la relación comercial, así como para finalidades promocionales y de información de productos y servicios, tanto propios como de empresas del sector de marketing directo», y que «si no desea el tratamiento de sus datos para las finalidades indicadas o la cesión de los mismos a las empresas de marketing directo para finalidades promocionales o análogas, y de información de sus productos, indíquenoslo por escrito (Ley Orgánica 15/1999)”. La Sentencia recuerda, en relación con la validez del consentimiento que se alega prestado, que:

“Hemos de tomar en consideración, además de la doctrina anteriormente expuesta que «inequívoco», conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es lo que no admite duda o equivocación, y, por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

Y asimismo, dada su gran trascendencia para el caso, el contenido del numero 3 del artículo 11 de la LOPD que declara que «será nulo el consentimiento para la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretende comunicar».

(...)

Pues bien, de poner en relación la referida información con la regulación legal que se acaba de exponer, y la doctrina dictada en desarrollo de la misma, consideramos que dados los inconcretos términos de dicha Leyenda, no es posible entender que en ella se contenga la información que, sobre las finalidades determinadas y explícitas, exige el referido art. 11.3 LOPD. Tal párrafo de letra pequeña que obra al final del cupón de pedido informa, genéricamente, de que al firmar el repetido cupón se está autorizando a Arcadia Internacional para el tratamiento de los datos para finalidades promocionales y de información de productos y servicios, tanto propios como de empresas del sector de marketing directo. Es decir, se prevé la posibilidad de que los datos puedan ser tratados para fines muy genéricos e indeterminados, cuales son la promoción e información de productos y servicios, y además por todas las sociedades pertenecientes al sector de marketing directo.

La amplitud de categorías de bienes y servicios para los que se presta el consentimiento además, tampoco permite al particular identificar de forma determinada y explícita las finalidades para las que serán tratados sus datos personales, en términos que le permitan prestar un consentimiento inequívoco como es el exigido por la LOPD.

En definitiva, la Leyenda examinada no cumple con las exigencias que la legislación sobre protección de datos requiere en la prestación del consentimiento, (art. 6 y 11 de la LOPD) que ha de ser inequívoco, y ello por no haberse facilitado previamente, por Arcadia Internacional, para obtener dicho consentimiento, una información expresa, precisa e inequívoca sobre las finalidades determinadas y explícitas para las que se iban a tratarse los datos (Artículo 5 de la LOPD en relación con el art. 4.1 de la misma).

La información facilitada al denunciante para ceder sus datos personales, a través de la repetida información de la nota de pedido no se considera suficiente, dada su amplitud y generalidad, para permitir al mismo conocer la finalidad a que iban a destinarse dicho datos o el tipo de actividad de aquel a quien se pretendían comunicar los mismos, contrariamente a lo argumentado en la demanda.

El consentimiento prestado, por ello, ha de reputarse nulo, de acuerdo con el art. 11.3 de la LOPD, sin que obste a tal conclusión el informe jurídico que sobre el «tratamiento de datos personales para fines de publicidad y de prospección comercial» se aporta por la parte recurrente en el correspondiente período probatorio, pues sin desmerecer el exhaustivo estudio y análisis que sobre la materia efectúa el indicado informe elaborado por el profesor de derecho constitucional que emite el mismo, esta Sala no comparte sus conclusiones y considera, contrariamente a lo argumentado en él, que la «publicidad comercial», como tal y en términos tan genéricos, a los efectos de considerar válido el consentimiento obtenido para la cesión de datos no puede ser equiparada al fin «explícito y determinado» que requiere el artículo 5.1 de la Ley 15/1999 ya mencionado.”

Asimismo, este es el criterio sustentado por esta Agencia Española de Protección de Datos en diversas resoluciones y, en particular en el de 26 de septiembre de 2003, emitido a instancia de la consultante, y referido al contenido que debería tener la cláusula informativa por la que se solicite el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos con fines de publicidad y prospección comercial en que se incluían precisamente los diversos sectores de actividad a los que la misma podría referirse, en los siguientes términos:

“El interesado tiene derecho a conocer, rectificar, cancelar u oponerse al tratamiento de la información que le concierne y autoriza a que pase a formar parte del fichero de (indicar responsable y dirección), ante el cual podrá ejercitar sus derechos, y a que sea utilizada para mantener la relación comercial y recibir información y publicidad de nuestra empresa y de otras relacionadas con los sectores de telecomunicaciones, financieros, ocio, formación, gran consumo, automoción, energía, agua y ONGs. Si no desea ser informado de nuestros productos o servicios, o de los de terceros, señale con una X esta casilla (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos)”.



Igualmente, del tenor de las cláusulas presentadas en la consulta ahora sometida a informe se desprende que en todos los casos el responsable del fichero del que proceden los datos de los potenciales destinatarios de la campaña publicitaria proceden a la recogida de los mismos como consecuencia de una relación jurídica mantenida con los afectados, dado que solamente en esos supuestos sería admisible la referencia que en la misma se lleva a cabo al “informar” al interesado de que “sus datos van a formar parte de un fichero (...) con la finalidad de gestionar la relación comercial”.

Por último, también se tomará como premisa que en los supuestos planteados el consentimiento solicitado para la utilización de los datos en actividades de publicidad y prospección comercial no se refiere a la remisión de comunicaciones comerciales a través de redes de comunicaciones electrónicas, dado que en estos supuestos el artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, requiere el consentimiento expreso del interesado, al no ser aplicable, por la propia naturaleza de los supuestos planteados, lo dispuesto en el artículo 21.2 de la propia Ley.

IV

También como premisa aplicable a todos los supuestos, entendemos que la relación existente entre el responsable del fichero y el que la consulta denomina encargado del tratamiento se regirá íntegramente por las normas derivadas de la aplicación del artículo 12 de la Ley Orgánica y por el Capítulo III del Título II del Reglamento que la desarrolla, siendo aplicables las siguientes reglas:

a) En primer lugar, será preciso que la actuación del encargado del tratamiento se limite a la prestación de los servicios objeto de la contratación. A tal efecto dispone el artículo 20.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que “se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado”.

b) En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica impone que “la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”.

c) Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable

del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

Añade el artículo 20.3 del Reglamento que “no obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo”. El artículo 22.1 reitera esta previsión, al indicar que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

d) Por otra parte, a fin de preservar los derechos del encargado frente a posibles responsabilidades derivadas de su actuación, dispone el artículo 22.1 del Reglamento que “el encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento”.

e) En lo referente a la posible subcontratación de los servicios prestados, el artículo 21 del Reglamento permite esta posibilidad en caso de que el responsable del fichero apodere al encargado para la celebración del segundo contrato en nombre de aquél o cuando se den los requisitos especificados en el apartado 2 del citado precepto:

- “Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar”. Si dicha circunstancia no se hubiera previsto en el contrato, deberá procederse a su modificación posterior, conforme al artículo 22.3. Igualmente, en caso de que en el contrato no conste la identificación de la empresa subcontratista “será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación”.
- “Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero”.
- Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica.

f) En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la Ley Orgánica, detallando el artículo 82 del Reglamento el modo en que deberán implantarse las medidas.

g) En cuanto al ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, el artículo 26 del Reglamento dispone que “cuando los afectados ejercitasen sus derechos ante un encargado del



tratamiento y solicitasen el ejercicio de su derecho ante el mismo, el encargado deberá dar traslado de la solicitud al responsable, a fin de que por el mismo se resuelva, a menos que en la relación existente con el responsable del tratamiento se prevea precisamente que el encargado atenderá, por cuenta del responsable, las solicitudes de ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición”.

h) Por último, según el artículo 12.4, “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo, en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen”.

V

Hechas estas consideraciones previas, procede entrar en el estudio de las cuestiones efectivamente planteadas, comenzando por el primero de los escenarios descritos en la consulta, en el que se establece una relación directa entre el responsable del fichero del que se tomarán los datos y el anunciante beneficiario de la publicidad, produciéndose la participación del encargado del tratamiento a los solos efectos de llevar a cabo actividades de tratamiento de datos para la efectiva realización de la campaña y sin que el mismo guarde en ningún momento relación más que con el responsable.

1. En primer lugar, se pregunta cerca de la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y, en particular, con el artículo 45.1 b) de su Reglamento de desarrollo de la cláusula de tratamiento y comunicación de datos para actividades de publicidad y prospección contenida en este apartado de la consulta.

Tal y como prescribe el artículo 5.1 de la Ley Orgánica “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 u oposición. e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”.

Al propio tiempo, como se ha indicado con anterioridad, el artículo 45.1 b) del Reglamento impone para que el consentimiento prestado pueda ser considerado conforme a la normativa de protección de datos, que se informe a

los afectados acerca de los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que se podría recibir publicidad o información.

La cláusula referida indica que “al cumplimentar y enviar el presente formulario, usted nos autoriza expresamente para remitirle información de nuestros productos y servicios y de los de otras entidades de los siguientes sectores: telecomunicaciones, financiero, ocio, formación, gran consumo, automoción, energía y agua y ONGs”. Al propio tiempo, se señala que en la cláusula no se podrán incluir expresiones como “entre otros”, “en especial” o “de su interés”.

Pues bien, en línea con lo ya informado por esta Agencia en fecha 26 de septiembre de 2003 en relación con la anterior cláusula sometida a su parecer, se considera que la relación de los sectores a los que se refiere la consulta puede considerarse adecuada para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y su Reglamento de desarrollo.

En todo caso, la anterior conclusión deberá entenderse dada siempre y cuando no se incluyan cláusulas genéricas como las mencionadas en la consulta o la relación mencionada aparezca seguida de la expresión “etc.”. Asimismo, sería preciso efectuar dos consideraciones adicionales:

- El sentido que debe darse a los sectores enunciados debería entenderse en los términos razonables mencionados en la consulta. Así, por citar un ejemplo característico, no cabría entender incluidos en el apartado de ocio productos relacionados con la pornografía o con las ciencias ocultas.
- En segundo lugar, las entidades responsables del fichero deberían realizar un uso razonable de la cláusula, ajustándola cuando fuera posible a los sectores respecto de los que razonablemente se planteen remitir información o publicidad, sin que la enumeración de la totalidad de los sectores enunciados pueda convertirse en una suerte de cláusula de estilo empleada en cualesquiera casos y para cualquier perfil de cliente.

Junto con estas consideraciones, debe nuevamente tenerse en cuenta la premisa de que del tenor de la cláusula parece desprenderse que los datos serán recabados en el marco de una relación contractual entre el responsable y el afectado. No obstante, la propia cláusula podría contradecir esta conclusión, dado que en otros lugares se refiere a la cumplimentación de un formulario.

En este sentido, debe aclararse que en caso de que la obtención de los datos no se obtuviera en el ámbito de una relación contractual, el primer inciso referido al tratamiento de los datos para la gestión de la relación comercial no sería válido, debiendo existir el consentimiento del interesado para la propia recogida de sus datos o encontrarse amparada la recogida en otro supuesto de los enumerados por el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

En todo si el consentimiento se pretendiera obtener a través de otros

procedimientos, como el establecido en el artículo 14 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 sería necesario que se modificase el tenor de la cláusula, dando cumplimiento a todos los requisitos previstos en dicho precepto.

2. Se plantea a continuación si resulta ajustado a lo dispuesto en la normativa de protección de datos el procedimiento establecido para que el interesado manifieste su negativa al tratamiento de los datos para la remisión de publicidad, consistente en la inclusión de un párrafo en la cláusula en que se señala que “si no desea recibir ofertas y promociones publicitarias, por favor le rogamos que señale con un NO en la casilla”.

El artículo 15 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “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.”, añadiendo en su segundo párrafo que “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”.

El procedimiento descrito en la consulta daría cumplimiento a lo establecido en el mencionado precepto. No obstante será preciso efectuar dos aclaraciones:

- En primer lugar, la casilla no deberá aparecer premarcada. Especialmente en los supuestos en los que el consentimiento se pretenda obtener desde un determinado sitio web o como consecuencia de una contratación on-line y se otorgue al interesado la posibilidad de manifestar si desea o no recibir publicidad, será preciso que no aparezca señalizada por defecto la casilla correspondiente al SÍ.
- Por otra parte, esta Agencia ha venido aconsejando que cuando la solicitud del consentimiento para la realización de este tipo de tratamientos se lleva a cabo en el seno de un contrato, la casilla a la que se está haciendo referencia aparezca claramente visible en el mismo, a fin de garantizar su conocimiento en todo caso por el interesado, lo que tradicionalmente se logra si se incorpora dicha casilla en el anverso de ¡l contrato, donde el interesado ha de incluir expresamente sus datos de carácter personal, produciéndose únicamente una remisión a dicha casilla en la correspondiente cláusula.

3. La tercera cuestión plantea si la entidad beneficiaria de la publicidad, al no participar en ninguna medida en la delimitación de los parámetros

identificativos del público objetivo de la campaña no tendrá en este caso la condición de responsable del tratamiento, siguiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo.

Lógicamente, y de conformidad con lo que se ha venido indicando en lugares anteriores de este informe, si efectivamente no se produce dicha intervención será la entidad responsable del fichero quien ostente igualmente la condición de responsable del tratamiento, conforme establece el artículo 46.1 b) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

4. Se hace igualmente referencia a si la información facilitada es suficiente para que la entidad responsable del fichero pueda encomendar a un encargado del tratamiento la realización de la campaña, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.

Dicha circunstancia será posible siempre y cuando dicha encargada del tratamiento cumpla con los requisitos derivados del mencionado precepto y del Capítulo III del Título II del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, en los términos descritos en un lugar anterior de este informe.

5. Se plantea, por último, si las medidas descritas en el punto 5 de la consulta para dar cumplimiento a lo exigido por el artículo 46.3 del Reglamento pueden considerarse adecuadas.

A tal efecto, se señala que dichas medidas consistirán en, por una parte, obtener del responsable un muestra de los modelos de las comunicaciones y formularios en que se incluya la información facilitada a los interesados que figuran en los ficheros empleados para la campaña; por otra, obtener un certificado que describa los procesos utilizados para la obtención de consentimiento en función de los canales de comunicación empleados, los procedimientos establecidos para el ejercicio del derecho de oposición y los procedimientos que permiten a la responsable conocer si determinada información legitimadora del tratamiento y remitida por vía postal al interesado ha sido devuelta. Por último, se prevé como posible medida “informar al receptor del envío publicitario sobre la entidad titular del fichero y la forma en que se pueden ejercitar los derechos”.

Como dispone el mencionado artículo 46.3 “En el supuesto contemplado en el apartado anterior, la entidad que encargue la realización de la campaña publicitaria deberá adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que la entidad contratada ha recabado los datos cumpliendo las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento”.

Respecto a los supuestos enunciados, debe ante todo señalarse que el numerado como 3 no es sino una plasmación al supuesto objeto de análisis de lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y



de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten”. En este caso, además, debe recordarse que la publicidad sería remitida por la propia entidad responsable del fichero a través de un encargado del tratamiento.

En cuanto a los restantes, podrían considerarse suficientes siempre que sean cumulativos; es decir, que la obtención de la certificación a la que se refiere el punto 2 de este apartado no sea sino complementaria de la posibilidad de obtener una muestra de los modelos a través de los que determinados afectados han prestado su consentimiento para el tratamiento de sus datos en el marco de actividades de publicidad y prospección comercial.

VI

El segundo de los escenarios descritos en la consulta se refiere al supuesto en que la entidad responsable del fichero celebra el contrato con la beneficiaria de la publicidad a través de un agente con el que ha celebrado, a su vez, el pertinente contrato de agencia. Se señala que en este caso, el agente no desarrolla actividad alguna relacionada con el tratamiento de datos de carácter personal, limitándose a contratar con el anunciante en representación del responsable del fichero.

El artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia dispone que “por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”. Añade el artículo 6 que “el agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad”.

De este modo, en caso de que exista un contrato de agencia que cumpla con todas las exigencias legales y autorice al agente para operar en nombre y por cuenta del responsable del fichero, cabrá considerar que la relación jurídica se generará de forma directa entre el responsable del fichero y el beneficiario de la publicidad, al no asumir el agente, salvo disposición en contrario, el riesgo y ventura derivados de la operación.

En consecuencia, cabe considerar que en este caso, y siempre que se mantengan las demás premisas a las que se ha venido haciendo referencia a lo largo de este informe, la situación es idéntica a la establecida en el primero de los escenarios descritos en la consulta, por lo que las conclusiones habrán de ser necesariamente las mismas.

En todo caso, respecto de la pregunta numerada en la consulta como 7 no es esta Agencia la competente para determinar si es posible o no la celebración del contrato de agencia con las características indicadas, dado que si efectivamente el agente no realiza tratamiento alguno de datos de carácter personal no será más que un mero mandatario del responsable del fichero en la relación contractual finalizada con el anunciante. Del mismo modo, y en relación con la pregunta numerada como 8, si el agente no trata datos ni adopta decisión alguna en la determinación de los parámetros identificativos del público objetivo, tampoco asumiría la condición de responsable del tratamiento.

VII

En el tercero de los escenarios descritos, el agente comercial al que se refiere el segundo escenario asumirá la condición de encargado del tratamiento. Para ello, será preciso que la relación contractual entre el responsable y el agente cumpla tanto con los requisitos exigidos por la legislación reguladora del contrato de agencia como los derivados del artículo 12 e la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo, de forma que el encargado se limite a actuar siguiendo las instrucciones del responsable y no lleve a cabo ningún otro tratamiento de los datos, no participando, en particular, en la determinación de los parámetros identificativos del público objetivo de la acción publicitaria.

El escenario sería similar al planteado en el supuesto anterior, pero con la peculiaridad de que el agente aglutinaría las condiciones de agente y encargado del tratamiento, planteándose si tal situación es posible.

Nuevamente debe indicarse que siempre y cuando se dé cumplimiento a las exigencias legales a las que acaba de hacerse referencia ninguna norma impide que el agente comercial lleve a cabo ambas actividades, cumpliendo, se insiste nuevamente, esos requisitos legales exigibles para contratar en representación del responsable y para actuar como puro y simple encargado del tratamiento.

VIII

El cuarto escenario descrito en la consulta reproduce el modelo del tercero, si bien con la peculiaridad de que el agente actuara como agente comercial y encargado del tratamiento de una pluralidad de responsables, incorporándose a la consulta un nuevo modelo de cláusula aplicable a este supuesto concreto.

El problema en este caso guardará relación con la determinación de los parámetros identificativos para la delimitación del público objeto de la campaña, toda vez que si la denominada “encargada del tratamiento” recaba las bases de datos de las distintas entidades que la contraten y determina, de entre los clientes de una o varias de ellas, quienes habrán de ser considerados los

destinatarios de la campaña, así como si delimita los destinatarios a partir de su condición de clientes de una o varias de las entidades, deberá ser considerada también como responsable del tratamiento, a los efectos previstos en el artículo 46.2 b) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, produciéndose en consecuencia una cesión de datos a la entidad denominada en la consulta “encargada del tratamiento”, que deberá contar con el consentimiento de los interesados.

La consulta trata de resolver esta cuestión incluyendo en la cláusula a la que ya se ha hecho referencia un nuevo párrafo, en que se indica lo siguiente: “asimismo, la información facilitada podrá ser comunicada a las entidades de los sectores indicados o a terceros para seleccionar los destinatarios de la publicidad de los productos o servicios de las entidades mencionadas”.

La cláusula podría ser considerada suficiente, a los efectos planteados en las preguntas 10 y 11 de la consulta, si bien debería incluirse como modo de prestación del consentimiento del interesado para la cesión de sus datos personales. Del mismo modo, la inclusión de una sola casilla en el contrato, respecto de la que deberá tenerse en cuenta lo señalado con anterioridad en este informe implica que su marcación supondrá la negativa del interesado no sólo para que los datos sean objeto de tratamiento conjunto con los de otras entidades, sino para que las propias entidades responsables del fichero puedan remitir publicidad.

En todo caso, y dando respuesta, por último, a si procederá o no la notificación del fichero al Registro General de Protección de Datos, deberá responderse de forma negativa en caso de que los datos sean objeto de un único tratamiento, sin perjuicio de que la denominada “encargada del tratamiento” pudiese asumir, en los casos que se han señalado, la condición de responsable.

IX

La consulta plantea una última cuestión relacionada con el régimen establecido en el artículo 47 del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, referido a la denominada “deduplicación” de datos de carácter personal, y que establece que “Cuando dos o más responsables por sí mismos o mediante encargo a terceros pretendieran constatar sin consentimiento de los afectados, con fines de promoción o comercialización de sus productos o servicios y mediante un tratamiento cruzado de sus ficheros quiénes ostentan la condición de clientes de una u otra o de varios de ellos, el tratamiento así realizado constituirá una cesión o comunicación de datos”.

Se plantea si dicho régimen sería o no de aplicación en el supuesto en que, procediendo los datos de los destinatarios de una campaña publicitaria de diversos ficheros, un encargado del tratamiento se limitase a llevar a cabo las

operaciones necesarias para evitar la remisión de varios envíos a un único afectado o a que quien ya es cliente del beneficiario de la publicidad recibiera tal envío publicitario.

El artículo 47 citado está haciendo referencia a la denominada “deduplicación” de bases de datos, analizada por la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 20 y 29 de abril de 2005.

La segunda de las Sentencias citadas define la deduplicación como “un procedimiento que consiste en contrastar o cruzar bases de datos de clientes de dos empresas para delimitar aquellos que son comunes a ambas, de forma que es posible conocer las personas que no son clientes de cada una de las empresas y que, por tanto, no figuran en sus propias bases de datos. Estas personas se convierten en potenciales clientes nuevos de cada una de las empresas. A continuación se remite una comunicación publicitaria a las personas que, no siendo clientes de una de las empresas sí lo son de la segunda, de forma que puedan convertirse en clientes propios de ésta”. En el supuesto planteado, la deduplicación no era realizada “directamente las empresas beneficiarias de la publicidad, sino que se encarga a terceras empresas”.

Hecha la anterior aclaración, la sentencia concluye rotundamente que “la deduplicación sí supone una cesión de datos a tenor del Art. 3.i) de la LOPD y concordantes a que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, ya que la información relativa a una persona se revela a otra distinta que desconoce dicha información a fin de dirigirle determinada comunicación comercial”.

De este modo, debe considerar que el artículo 47 únicamente se refiere al supuesto que en el mismo se describe, y no a los señalados en la consulta, cuyo objeto es la mera evitación de envíos reiterados o innecesarios. Lo que el precepto considera cesión se refiere a los supuestos en que cada uno de los intervinientes tiene conocimiento, bien directo, bien a través de una entidad que le preste servicios, de quiénes sin ser sus clientes lo son de los restantes intervinientes y no los supuestos a los que se refiere la consulta.

En todo caso, la actividad a la que se refiere la consulta deberá limitarse escrupulosamente a la citada en la misma, dado que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 sí aclara que un uso inadecuado de los datos podría dar lugar a considerar los hechos como cesión. En este sentido, el fundamento de derecho decimosexto de la sentencia señala lo siguiente:

“La circunstancia de que el cruzado de datos se encargue a terceros no es obstáculo que impida apreciar la responsabilidad pues, conforme ya dijimos al examinar la impugnación del artículo 5.1 a), el elemento esencial definitorio del responsable del fichero o del tratamiento es, en la Ley y en el Reglamento, el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, y en el cruzado de datos previsto en el art. 47 del Reglamento tal poder de decisión lo tienen aquellos que realizan el encargo.

Es la propia recurrente quien reconoce que en efecto se produce una cesión de datos cuando la operación de cruzado tiene por finalidad nutrir la base de datos de los responsables, afirmando que en cambio tiene poco sentido apreciar la cesión cuando el fin perseguido es evitar que los afectados reciban una comunicación comercial por duplicado, supuesto que dice se da en la práctica en la mayoría de los casos.

Con independencia de que no consta a esta Sala que el uso del mercado de datos tiene en la mayoría de los supuestos la finalidad de evitar duplicidad publicitaria, circunstancia que no se molesta la recurrente en acreditar y además resulta difícilmente creíble en un mercado de competitividad, la alegación no sería motivo suficiente para declarar la nulidad del precepto reglamentario, en cuanto que con la utilización de la frase "mayoría de los casos" implícitamente se admiten otros supuestos distintos a los de evitar la duplicidad. Pero es que incluso cuando la finalidad perseguida fuera ésta, aún así no hay razón alguna para prescindir del consentimiento de los afectados, principio esencial en la materia.

No se puede dejar de tener en consideración que el precepto reglamentario contempla el acuerdo de dos o más responsables y que la loable finalidad perseguida de evitar la duplicidad puede traducirse en el futuro, bien deliberadamente, bien por negligencia, en la utilización de los datos para otros fines. En el posicionamiento más favorable para la recurrente podría en su caso admitirse una exención o atenuación de responsabilidad siempre que resultara acreditado de forma contundente, ya no solo que la finalidad perseguida es la de evitar la duplicidad sino también la imposibilidad futura de utilización de datos obtenidos para otros fines distintos."