



Se plantea si resulta conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el uso de una herramienta de público personalizado en una red social, que consiste, según señala el consultante, en utilizar los propios clientes para buscar en dicha aplicación otros perfiles de similares características y poder ofrecer sus productos a estos nuevos contactos. Indica que una vez terminado el proceso la red social elimina el archivo de sus datos cifrados tanto de los clientes como de los perfiles que ha identificado. Consulta, teniendo en cuenta lo señalado por esta Agencia en informe 364/2015, cómo debe articularse el contrato del artículo 12 con la red social.

Como punto de partida debe señalarse que la comunicación de datos de los clientes del consultante a la entidad que va a llevar a cabo la búsqueda de perfiles similares para ofrecerles su publicidad constituye una cesión de datos personales definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999, como *“Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”*.

Tal cesión debe sujetarse al régimen general de comunicación de datos de carácter personal establecido en el artículo 11 de la misma Ley, donde se establece que la misma solo puede verificarse para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario y exige, para que pueda tener lugar, el consentimiento del interesado (artículo 11.1), otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar (artículo 11.3), y que debe recabar el cedente como responsable del fichero que contiene los datos que se pretenden ceder.

No obstante, la Ley Orgánica 15/1999 regula en su artículo 12 la figura del encargado del tratamiento para dar respuesta a situaciones en que el responsable del tratamiento precise encomendar a un tercero la prestación de un servicio que requiera el acceso a datos de carácter personal de modo que dicho acceso no constituya una cesión de datos, sino que se realice en nombre y por cuenta del responsable como si fuera él mismo quien lo lleva a cabo.



Dispone así el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 que “No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.” Dicho artículo 12 recoge los estrictos condicionamientos para considerar que la relación establecida es la propia de un encargado y un responsable de modo que el acceso a los datos por el encargado del tratamiento no sea considerado como una cesión de datos.

Por consiguiente, la comunicación de los datos de los clientes del consultante a la red social constituye una cesión de datos, siendo indiferente que se utilice un proceso de cifrado y cuál sea éste toda vez que la red social puede determinar quiénes de los clientes del consultante son miembros de la red social, siendo precisamente éste su objeto, para ofrecer publicidad a otras personas con perfiles similares, salvo que dicha comunicación pudiese producirse en el marco de un contrato de encargo del tratamiento en los términos del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999.

A estos efectos cabe recordar lo señalado en el informe al que la consulta hace referencia, en la que se señalaba la diferencia entre el concepto de depuración de datos personales, recogido en el artículo 47 reglamento y la segmentación de una base de datos propia con la finalidad de excluir de la campaña de publicidad a los propios clientes. Señalaba dicho informe:

*“El artículo 47 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, bajo la rúbrica de “Depuración de datos personales”, señala: “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”. Así pues, el supuesto de hecho de la **depuración de datos personales** es aquél en que dos o más entidades responsables de sus ficheros de clientes realizan un tratamiento cruzado de tales ficheros para detectar los clientes que son comunes a ambas de los que no son comunes; de forma que estos clientes no comunes podrán ser destinatarios de campañas de publicidad de la otra empresa. Es decir, se pretende que, tras el cruce de bases de datos de clientes, se genere un nuevo fichero con aquellos que no son clientes de la empresa primitiva. Es por ello que, ya antes de la aprobación del Reglamento, las resoluciones de esta Agencia venían indicando que la depuración*



constituye una verdadera cesión o comunicación de datos, puesto que en definitiva por esta vía se obtienen por una entidad datos de clientes de otra entidad, que no eran suyos propios, pasando a estar a su disposición para realizar las promociones publicitarias que tuviera por conveniente. En este supuesto de depuración de datos personales, que es el contemplado en el artículo 47 RDLOPD, se plantea el problema de la legitimación; esto es, en virtud de esta operación una entidad que carece de legitimación (por no quedar incluido en ninguno de los supuestos del art. 6 LOPD) pasa a tratar datos de esos potenciales clientes, teniendo a su disposición esa nueva base de datos, de forma que se produce una revelación de datos personales a una persona distinta del interesado. Es por ello que, reconduciendo esta operación a la cesión de datos, se exigía el previo consentimiento por mor del art. 11 LOPD.

Todo ello teniendo en consideración que, según la estructura expuesta, la operación no podía quedar encajada en la figura del encargado del tratamiento, porque la consecuencia era el establecimiento de un nuevo vínculo directo entre el presunto encargado y los interesados, titulares de los datos. Y es que el artículo 12 LOPD al regular la figura del encargado del tratamiento (definido en el artículo 3.g) LOPD como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”) parte de considerar que el tratamiento que realiza el encargado es únicamente destinado a la prestación del servicio al responsable. Por eso el art. 12.2 LOPD, dentro del contenido del contrato de encargo, señala que se hará constar 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 el fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”.

En su desarrollo, el artículo 20.1 RDLOPD en su último apartado indica: “No obstante, 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”. En la depuración de datos personales a que se refiere el artículo 47 RDLOPD, una empresa que carece por sí misma de legitimación para el tratamiento de datos personales de potenciales clientes no sólo presta el servicio al



responsable del fichero, sino que destina tales datos a su propia finalidad publicitaria o de otro tipo. Se produciría, por tanto, una verdadera cesión.

*Así lo había apreciado ya la jurisprudencia, incluso antes de la aprobación del Reglamento. La **Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de abril de 2005** dictada en el recurso 259/2003, Ponente Dña. M^a Nieves Buisán García así lo había indicado en los siguientes términos: "Se plantea en definitiva a la Sala el problema de la diferenciación entre la cesión y el encargado de tratamiento, "encargado de tratamiento" que no venía expresamente regulado en la LO 5/1992, pero entendía la doctrina que tenía cabida en lo establecido en el Art. 27. Siguiendo lo dispuesto en tal Directiva Europea 95/46/CE, la LO 15/1999 ha regulado específicamente la figura en los aludidos Art. 3.g) y 12, y de hecho la definición de "encargado de tratamiento" contenida en el Art. 3.g) no es sino transcripción del Art. 2.e) de la Directiva. Y si bien la diferencia entre encargo de tratamiento y cesión, como reconoce la doctrina, en algunos casos es compleja, lo que es evidente es que no puede haber cesión cuando existe encargo de tratamiento y no resulta preciso el consentimiento del afectado.*

Lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con el objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto. Habría por tanto encargo de tratamiento en los supuestos de outsourcing o en los de prestación derivada de un contrato de obra o arrendamiento de servicios con un fin concreto. Siendo esencial, para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de los datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que le ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado resulta que en él la revelación de información no se efectúa materialmente a la empresa que necesita disponer de tal información para realizar la



comunicación publicitaria (XXX e YYY) sino a terceras empresas designadas por tales beneficiarias que realizan la deduplicación.

Es por ello necesario explicar en qué consiste tal deduplicación que como señala la resolución combatida, en su fundamento jurídico III, es éste 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.

Deduplicación que en el presente caso no realizan directamente las empresas beneficiarias de la publicidad, sino que se encarga a terceras empresas.

De lo anterior hemos de concluir, necesariamente, 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 dirigirla determinada comunicación comercial”.

*Sentados así los criterios que definen la deduplicación o depuración de los datos personales, que constituirá una verdadera cesión y deberá contar, por tanto, con el consentimiento del afectado o con alguna de las causas legitimadoras del art. 11 LOPD, procede estudiar si el supuesto de hecho planteado tiene tal naturaleza. Según el escrito de consulta, se plantea realizar una **segmentación de una base de datos propia**. Es decir, partiendo siempre de las premisas de la consulta, se trataría de un supuesto en que el responsable del tratamiento encarga a un tercero la prestación de un servicio consistente en que compare los datos de carácter personal con los de otra base de datos de la que puede disponer el encargado para que éste compare ambos ficheros y segmente la segunda base de datos, de forma que no se realicen envíos de información comercial a quienes constan en la primera base de datos. Es decir, se pretende que por parte del encargado se eliminen de su propia base de datos – de la que, reiteramos, ha de tener legitimación para el tratamiento – los registros que coinciden con los de la base de datos de*



quien encarga el servicio, a fin de que se puedan realizar campañas comerciales a los registros resultantes.

Este encargo consistente en la “depuración” del fichero propio de clientes con el fin de que, al efectuarse la segmentación de los destinatarios de la campaña publicitaria, se excluyan de la misma los que ya son clientes de quien encarga el servicio no entra dentro del supuesto del artículo 47 RDLOPD, interpretado sistemáticamente con los arts. 12 LOPD y 20.1 último párrafo RDLOPD, que venimos exponiendo. Este supuesto es subsumible en la figura del encargo del tratamiento, puesto que se trataría de que quien tiene legitimación para utilizar su fichero de clientes y, también tiene legitimación para contratar una segmentación de datos a un tercero, contrata una prestación de servicios; todo ello para que el encargado, legítimo responsable de su propio fichero, pueda excluir del resultado de la segmentación a quienes figuran como clientes en el fichero del promotor de la campaña. No se produce, en definitiva, el efecto perseguido por el art. 47 RDLOPD de que un tercero prestador de un servicio pueda establecer un nuevo vínculo con las personas a cuyos datos accede para llevar a cabo la depuración.

Para ello deberán cumplirse todos los requisitos del encargo del tratamiento consagrados en el artículo 12 LOPD y desarrollados en los arts. 20 a 22 RDLOPD. Singularmente destacamos que el encargado deberá prestar el servicio conforme a las instrucciones del responsable, sin que pueda conservar los datos – por supuesto no podrá crear una nueva base de datos con el resultado de la segmentación -, ni utilizarlos para una finalidad distinta, ni cederlos a terceros, debiendo proceder a su destrucción o devolución al término de la prestación.”

De lo señalado en dicho informe parece desprenderse que puede ser objeto de encargo de tratamiento, la actividad de segmentar el fichero de clientes de un responsable, para excluir a los clientes de éste de la campaña de publicidad a realizar, encargo limitado a tal actividad y que debe articularse en los términos del artículo 12 de la Ley orgánica 15/1999. Plantea así el consultante cómo se articula con la red social un contrato de encargado de tratamiento. En este sentido, debe recordarse que el consultante es responsable de su fichero de clientes y que el hecho de contratar un servicio con las características a que hace referencia la consulta no traslada la responsabilidad a quien le presta tal servicio, aunque sea una gran compañía

multinacional. Debe además añadirse que resulta aplicable, además, la normativa de protección de datos del lugar en que esté establecido el responsable del fichero que contrata tales servicios y no la del lugar donde se encuentre la red social.

Ahora bien, es posible que a la hora de contratar con grandes compañías multinacionales se imponga a los responsables de los ficheros una oferta normalizada, de modo que carezcan de margen de maniobra a la hora de negociar las condiciones de uso de los servicios ofrecidos por aquéllas, sin embargo, tal y como esta Agencia ha venido señalando respecto de otro tipo de servicios en que se impone al contratante unas determinadas condiciones por una gran compañía *«el desequilibrio en cuanto al poder contractual entre un pequeño responsable del tratamiento y un gran proveedor de servicios no debería considerarse una justificación para que el primero acepte cláusulas y condiciones de contratos que no se ajusten a la legislación en materia de protección de datos»*. Por consiguiente, el consultante debe tener en cuenta que es un responsable del fichero y que, salvo que pueda celebrar el correspondiente contrato de encargo de tratamiento con la finalidad de excluir a sus clientes del envío de publicidad que va a contratar con la red social, nos encontraremos ante una cesión de datos que requeriría el consentimiento de los clientes afectados por el tratamiento.

A este respecto debe recordarse que para que una relación de encargo del tratamiento pueda darse y se ajuste a la Ley es preciso que se den los requisitos del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, considerando los siguientes aspectos:

En primer lugar, es preciso que el acceso a los datos por el tercero se efectúe con la exclusiva finalidad de prestar un servicio al responsable del fichero, y que dicha relación de servicios se encuentre contractualmente establecida. En lo que atañe a los requisitos formales de este tipo de contratos, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, 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”*.



El hecho de que la relación derivada del contrato sea la existente entre un responsable y un encargado del tratamiento implicará que al término de la relación sea aplicable lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de forma 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”*.

El incumplimiento de esta previsión llevará aparejada la consecuencia, prevista en el artículo 12.4 de la citada Ley, de que *“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”*.

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 artículo 9 y 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

Asimismo, en el caso de que los datos vayan a transmitirse fuera del espacio económico europeo, como ocurre cuando la red social se encuentre fuera de éste, nos encontraríamos ante una transferencia internacional de datos, definidas en el artículo 5.1.s) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 como *“Tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español.”*

Tal transmisión de datos deberá respetar el régimen regulado en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999 y en el Título VI de su Reglamento de desarrollo.

Dispone a este respecto el artículo 33.1 de la Ley Orgánica 15/1999 que *“no podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que,*

además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas”.

El artículo 33.2 de la Ley Orgánica 15/1999 establece los criterios para determinar el carácter adecuado de protección al disponer que “*el carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos de finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países*”. En este sentido cabe recordar que la Comisión de la Unión Europea ha adoptado decisiones en las que se ha considerado que existe un nivel adecuado de protección en Estados tales como Suiza, Argentina, Uruguay, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Islas Feroe, Andorra, Israel y Canadá respecto de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley canadiense de protección de datos.

En lo que respecta a las transferencias de datos personales a Estados Unidos, la decisión en la que se consideraba que existía un nivel de protección adecuado respecto de las entidades estadounidenses adheridas a los «principios de Puerto Seguro» ha sido anulada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, [asunto C-362/14. Shrems v Data Protection Commissioner](#). No obstante, la Comisión Europea ha adoptado en fecha 12 de julio de 2016 una nueva Decisión, debiendo apreciarse que existe un nivel adecuado de protección respecto de las entidades que se adhieran a los principios del ahora denominado “Privacy Shield”, lo que deberá comprobarse en cada caso antes de proceder a la transferencia de datos personales.

De este modo no sería precisa la autorización del Director de la Agencia Española de protección de Datos cuando la Comisión de la Unión Europea haya considerado que en el país receptor existe un nivel de protección adecuado o, en el caso de Estados Unidos, respecto de las empresas adheridas a los principios de Privacy Shield. Sin embargo, la transferencia internacional de datos deberá declararse en todo caso en el Registro General de Protección de Datos tal y como dispone el artículo 66.3 del Reglamento de



desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual *“En todo caso, la transferencia internacional de datos deberá ser notificada a fin de proceder a su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, conforme al procedimiento establecido en la sección primera del capítulo IV del título IX del presente reglamento.”*

En lo que respecta a la posterior realización de la campaña publicitaria, que en ningún caso puede enmarcarse en el ámbito del encargo del tratamiento, dispone el artículo 46 del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999:

“1. Para que una entidad pueda realizar por sí misma una actividad publicitaria de sus productos o servicios entre sus clientes será preciso que el tratamiento se ampare en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

2. 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, se aplicarán las siguientes normas:

a) 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.

b) Cuando los parámetros fueran determinados únicamente por la entidad o entidades contratadas, dichas entidades serán las responsable del tratamiento.

c) Cuando en la determinación de los parámetros intervengan ambas entidades, serán ambas responsables del tratamiento

Por consiguiente, tanto el consultante como la red social tendrán la condición de responsables del fichero o del tratamiento de datos, así la red social lo será en calidad de responsable de su propio fichero al remitir publicidad a sus usuarios, para lo que deberá contar con la correspondiente legitimación conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, mientras que el consultante tendrá la condición de responsable del tratamiento en cuanto determina los parámetros identificativos de los destinatarios de la campaña. A este respecto debe recordarse que le compete la obligación señalada en el número 3 del artículo 46, según el cual *“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.”