



N/REF: 339183/2016

Se plantean diversas consultas sobre la forma de adecuar a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la vinculación de la base de datos de un negocio electrónico del consultante con las de una empresa de distribución minorista. En particular se consulta el procedimiento que debe cumplir la cesión de datos entre empresas, la forma de notificar a los clientes la comunicación de datos y la necesidad de actualizar las políticas de privacidad del sitio web. Se plantea igualmente si es necesaria la inscripción del nuevo fichero o actualización del mismo y si es preciso realizar una purga de datos antes de llevar a cabo la comunicación y el tiempo que deberán tener los datos que sean eliminados.

I

La primera cuestión que resulta de la consulta formulada es la relativa a la aplicabilidad de la Ley Orgánica 15/1999 a los datos de quienes figuren en las bases de datos de la entidad consultante y de la entidad con la que se pretende vincular la base de datos.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, dispone en su artículo 2.1, párrafo primero que *“la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, siendo datos de carácter personal, conforme al artículo 3.a) “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.*

Esta Agencia ha venido considerando que de dichos preceptos se deduce claramente que la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999 no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías en ella establecidas, sin perjuicio de que los Tribunales puedan atender las reclamaciones de responsabilidad que pudieran exigirse en el caso de que el uso de información relativa a las empresas les cause algún perjuicio.

Esta interpretación se plasma expresamente en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que en su artículo 2.2 establece que *“Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y*



*apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.*

En lo que se refiere a los empresarios individuales, el artículo 2.3 del citado Reglamento dispone que *“Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal.”*

Esta Agencia se ha pronunciado en informe de 18 de febrero de 2008, respecto a la interpretación que debe darse a dicho precepto, en el que se señalaba que si bien las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999 no serían de aplicación a los datos referidos a personas jurídicas, en caso de datos de empresarios individuales la solución no puede ser terminante en uno o en otro sentido, de forma que si la información se refiere a profesionales o a comerciantes individuales, que no tengan organizada su actividad profesional bajo la forma de persona jurídica, habría de tenerse en cuenta lo establecido por ésta Agencia Española de Protección de Datos, en su Resolución de 27 de febrero de 2001, en cuyo Fundamento Jurídico II se indicaba lo siguiente:

*“... la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías establecidas en la Ley, y por extensión lo mismo ocurrirá con los profesionales que organizan su actividad bajo la forma de empresa (ostentando, en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio) y con los empresarios individuales que ejercen una actividad comercial y respecto de las cuales sea posible diferenciar su actividad mercantil de su propia actividad privada, estando en el primer caso excluidos también del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999.*

En definitiva pues, tanto las personas jurídicas como los profesionales y los comerciantes individuales (éstos dos últimos sólo en los estrictos términos señalados en el párrafo que antecede, esto es, cuando sus datos hayan sido tratados tan sólo en su consideración de empresarios) quedan fuera del manto protector de la Ley Orgánica 15/1999.

A contrario sensu, tanto los profesionales como los comerciantes individuales quedarían bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 y, por tanto, amparados por ella cuando los primeros no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, en consecuencia, la condición de comerciante (es el caso de los profesionales liberales cuyas actividades están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Básica 3/1993 por su artículo 6) y los segundos cuando no fuera posible diferenciar su actividad mercantil de la propia actividad privada. En estos dos casos deberán aplicarse siempre las garantías de la Ley Orgánica



15/1999 dada la naturaleza fundamental del derecho a proteger. Ello exigirá siempre ir analizando caso por caso para hallar en cada supuesto concreto el límite fronterizo donde resulte afectado el derecho fundamental a la protección de datos de los interesados personas físicas, o, por el contrario, aquél no resulte amenazado por incidir tan solo en la esfera de la actividad comercial o empresarial, teniendo en todo caso presente que, en caso de duda, la solución deberá siempre adoptarse a favor de la protección de los derechos individuales”.

Señalaba asimismo el aludido informe de 18 de febrero de 2008 que “Al propio tiempo, el tratamiento ha de llevarse a cabo en el ámbito empresarial. Quiere ello decir que a los efectos del tratamiento de los datos, la finalidad perseguida por quien trata el dato es la de recabar y mantener información sobre la empresa y no sobre el comerciante que la ha constituido.

Así, el tratamiento de los datos del empresario individual, con las limitaciones que se han venido señalando, para mantener una relación comercial con el mismo, podría encontrarse amparado por el artículo 2.3 del Reglamento, en conexión con las normas de la Ley Orgánica 15/1999 que se han venido indicando.

Sin embargo, no podrá considerarse amparado por el precepto, y en consecuencia excluido de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, el tratamiento de los datos del comerciante llevado a cabo no con la finalidad de mantener una relación empresarial con el establecimiento u organización que el mismo hubiera creado, sino para conocer la información del propio sujeto organizado en forma de empresa, siendo el destinatario del tratamiento no la empresa sino el propio empresario en tanto, por ejemplo, que consumidor individual.”

Concluía así el informe aludido respecto del alcance de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Reglamento

- Cabrá considerar que la legislación de protección de datos no es aplicable en los supuestos en los que los datos del comerciante sometidos a tratamiento hacen referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante, industrial o naviero; es decir, a su actividad empresarial.
- Al propio tiempo, el uso de los datos deberá quedar limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante industrial o naviero y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en relación con un ámbito distinto quedaría plenamente sometida a las disposiciones de la Ley Orgánica.”

Por otra parte, en lo que se refiere a los profesionales autónomos debe señalarse que esta Agencia ha manifestado reiteradamente que existe una diferencia entre aquéllos y el empresario individual, de forma que los profesionales autónomos sólo quedarían excluidos de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 en caso de que los mismos organicen su actividad en forma de empresa.

En este sentido se pronunciaba ya la Resolución de 27 de febrero de 2001, en el que se señalaba que a los profesionales les sería aplicable la Ley Orgánica 15/1999 “cuando no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante (es el caso de los profesionales liberales cuyas actividades están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Básica 3/1993 por su artículo 6).”

Es éste también el criterio de la Audiencia Nacional que en sentencia de 21 de noviembre de 2002 considera aplicable la normativa de protección de datos vigente en el momento a profesionales liberales indicando que “aquellos datos se refieren a profesionales que no ejercen su actividad bajo forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciantes a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio.”

Por consiguiente, las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999 no resultarán de aplicación a quienes revistan la forma de persona jurídica, ni a los empresarios individuales cuando los tratamientos se refieran a ellos en su condición de comerciante, industrial o naviero, quedando, no obstante, dentro de su ámbito de aplicación los restantes supuestos.

No obstante, deberá tenerse en cuenta que la exclusión contenida en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, referida a los empresarios individuales, dejará de ser efectiva el 25 de mayo de 2018, fecha en que será aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), norma que sustituirá la vigente normativa nacional de protección de datos y que no contiene excepción alguna referida a la protección de los empresarios individuales.

## II

La comunicación de datos de los clientes que no sean personas jurídicas o empresarios individuales en los términos vistos y cuyos datos, en consecuencia, se encuentran amparados por lo previsto en la Ley Orgánica



15/1999, constituye una cesión de datos de carácter personal definida en el artículo 3 i) de dicha Ley 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 previsto 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.

De este modo para que la cesión de datos pueda considerarse legítima no basta con una mera notificación al afectado, sino que es preciso contar con su consentimiento de manera previa a dicha comunicación. Dicho consentimiento deberá ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 h) de la Ley Orgánica 15/1999 *“libre, inequívoco, específico e informado”*.

Esta Agencia ha venido describiendo en sus informes dichas características de manera que se entiende por consentimiento libre aquel que ha sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el código civil. El consentimiento específico viene referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento, tal y como impone el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999. Para que pueda hablarse de consentimiento inequívoco se exige la realización de una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento. En cuanto al requisito de la información, supone que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 precisa en su artículo 12.2 que *“Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.”*

Por consiguiente, la vinculación de las bases de datos de la empresa consultante y de la empresa minorista exigirá que previamente a dicha comunicación de datos se obtenga el consentimiento debidamente informado de las personas en ellas incluidas, sin que baste con una notificación de que la misma va a llevarse a cabo, ni la mera inclusión en su política de privacidad de que se va a llevar a cabo tal cesión de datos. Debe así utilizarse un procedimiento que permita recabar el consentimiento informado de las



personas incluidas en las bases de datos que se pretenden vincular para obtener éste con carácter previo a la comunicación.

A este respecto, aunque el artículo 14 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 permite un procedimiento de obtención del consentimiento de forma tácita, cabe señalar que dicho procedimiento carecerá de validez a partir del 25 de mayo de 2018, cuando resulte de aplicación el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), que exige que el consentimiento se preste, en todo caso, mediante una declaración o una clara acción afirmativa. Por consiguiente, se recomienda no seguir obteniendo el consentimiento por omisión previsto en dicho precepto, ya que en la fecha mencionada el tratamiento deberá haberse adecuado a las previsiones del aludido Reglamento General de Protección de Datos. En este sentido, cabe recordar que el considerando 171 del Reglamento General de Protección de Datos señala expresamente que “Todo tratamiento ya iniciado en la fecha de aplicación del presente Reglamento debe ajustarse al presente Reglamento en el plazo de dos años a partir de la fecha de su entrada en vigor. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no es necesario que el interesado dé su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio el consentimiento se ajusta a las condiciones del presente Reglamento, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación del presente Reglamento.”

Debe, además, tenerse en cuenta que tanto la prestación del consentimiento como el cumplimiento del deber de información deberán poder ser acreditados por el responsable del fichero que efectúe la cesión de datos. Dispone a estos efectos el artículo 12.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que *“corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.”* De la misma manera, tras la anulación de lo previsto en el artículo 18 del mismo Reglamento por Sentencia de 15 de julio de 2010 del Tribunal Supremo, debe entenderse que rige igualmente la libertad de forma para acreditar el cumplimiento del deber de información, de modo que el responsable podrá demostrar por cualquier medio de prueba admisible en derecho el cumplimiento de ambos deberes.

Asimismo, debe recordarse que el consentimiento así prestado siempre es revocable conforme a los artículos 6.3 y 11.4 de la Ley Orgánica 15/1999, pudiendo el interesado exigir el cese en el tratamiento de sus datos mediante su pura y simple manifestación de voluntad.

### III

En lo que respecta a otras cuestiones planteadas como la purga de datos antes de llevar a cabo la operación de comunicación de datos, y el



tiempo que deberán tener los datos que serán eliminados, debe tenerse en cuenta que todo tratamiento de datos personales debe ser respetuoso de los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. El número 5 de dicho artículo consagra el principio de conservación de los datos ajustada a la finalidad del tratamiento, al disponer en general que *“Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.*

*No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.”*

Establece a este respecto el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 15/1999 que *“los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”.*

Aclara el artículo 8.6 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que *“Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.*

*No obstante, podrán conservarse durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad derivada de una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado.*

*Una vez cumplido el período al que se refieren los párrafos anteriores, los datos sólo podrán ser conservados previa disociación de los mismos, sin perjuicio de la obligación de bloqueo prevista en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento”.*

Transcurrido el período preciso para dar cumplimiento al deber de conservación, deberá procederse a la cancelación de los datos, tal y como dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. A este respecto, debe señalarse que la cancelación de los datos no supone su eliminación automática, sino su bloqueo tal y como dispone el artículo 16.3 de la Ley Orgánica 15/1999 al establecer que *“La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.”*

El aludido Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, define en su artículo 5.1. b) la cancelación como *“Procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo*



*de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos.”*

En cuanto a cuáles son los plazos de prescripción de responsabilidades, esta Agencia se ha pronunciado en diversas ocasiones señalando en informe de 1 de agosto de 2005 que “En lo atinente a la determinación de los períodos en que el dato habrá de permanecer bloqueado, en relación con lo dispuesto en el artículo 16.3, resulta imposible establecer una enumeración taxativa de los mismos, debiendo, fundamentalmente, tenerse en cuenta, como ya se ha indicado con anterioridad, los plazos de prescripción de las acciones que pudieran derivarse de la relación jurídica que vincula al consultante con su cliente, así como los derivados de la normativa tributaria o el plazo de prescripción de tres años, previsto en el artículo 47.1 de la propia Ley Orgánica 15/1999 en relación con las conductas constitutivas de infracción muy grave.”

En cuanto a la forma de llevar a cabo el bloqueo, este consiste, en definitiva, en que se impida el acceso a los datos al personal que habitualmente estuviera autorizado a tal acceso para el desempeño de sus funciones, puesto que en el momento en que deba procederse a la cancelación de los mismos, sólo resultará lícita su utilización para su puesta a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales y con la única finalidad de atender a responsabilidades surgidas del tratamiento de datos. Así, esta Agencia entiende que para ello resulta preciso que se limite el acceso a los datos de modo que solamente pueda ser efectuado por alguna persona con responsabilidad dentro de la empresa cuando ello sea necesario para dar respuesta a requerimientos judiciales o administrativos.

#### IV

Por último, en lo que respecta a los ficheros inscritos en el Registro General de Protección de datos, deberá procederse a su modificación para reflejar que se va a proceder a una cesión de los datos obrantes en los mismos. Dispone a estos efectos el artículo 58.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que “*La inscripción del fichero deberá encontrarse actualizada en todo momento. Cualquier modificación que afecte al contenido de la inscripción de un fichero deberá ser previamente notificada a la Agencia Española de Protección de Datos o a las autoridades de control autonómicas competentes, a fin de proceder a su inscripción en el registro correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.*”