



La consulta plantea diversas dudas respecto a si resulta conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, la actividad de publicidad que describe en la consulta. En particular se consulta si el acceso a los datos de los editores para enviar una comunicación comercial en nombre y por cuenta del editor constituye un encargo del tratamiento. En segundo lugar se consulta si la comparación de los datos de usuarios facilitada por los editores con su base de datos para remitir a éstos una comunicación comercial es un proceso de segmentación o de depuración.

I

Como punto de partida debe recordarse que al presente supuesto resulta aplicable en primer término la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Dicha Ley dispone en su artículo 19 que *“1. Las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad.*

2. En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.”

La referencia a la Ley Orgánica 15/1999, debe entenderse hecha, a partir de 25 de mayo de 2018, fecha en que comienza su aplicación, al 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), ya que éste desplaza la aplicación de la vigente Ley Orgánica 15/1999.

En lo que respecta a los envíos de publicidad mediante correo electrónico, establece el artículo 21 de la Ley 34/2002 que *“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que*

previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

En lo que respecta a las cookies, prevé el artículo 22.2 de la misma ley que “Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.”

En el presente supuesto se señala que tanto el consultante como el editor disponen de bases de datos de usuarios obtenidos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y su reglamento de desarrollo. A este respecto debe tenerse en cuenta que el consentimiento para el envío de comunicaciones publicitarias por medio de correo electrónico debe ser expreso tal y como exige el artículo 21 de la Ley 34/2002 y, a partir de 25 de mayo del presente año, reunir los requisitos relativos a la información exigidos por el Reglamento general de protección de datos.

En lo que respecta al uso de cookies, señala la consulta que el editor instalaría la cookie del consultante cuando el usuario abra la comunicación comercial que le envía dicho editor, ello exige que previamente a tal instalación los destinatarios del correo, además de haber consentido expresamente tal envío de publicidad por correo electrónico, hayan dado su consentimiento a la



instalación de la cookie de terceros después de que se les haya dado información clara y completa sobre su utilización, y en particular sobre los fines del tratamiento. Debe tenerse en cuenta que dicha información debe incluir información sobre como revocar el consentimiento y eliminar las cookies. En el presente caso no se describe cómo y en qué momento se proporciona la información y se recaba el consentimiento, por lo que no puede determinarse si el cumplimiento de tales obligaciones resulta conforme a lo previsto en la normativa en la materia.

II

En lo que respecta a las concretas cuestiones planteadas, en el caso de que los envíos de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente y el uso de cookies fuesen conformes a su normativa reguladora, se considera la realización de dos actuaciones, una primera en la que el consultante parece poner los medios técnicos para remitir publicidad en nombre y por cuenta del editor que aparece como responsable en los envíos y, una segunda, en la que el consultante, además, compararía los datos de los e-mails recibidos del editor con los existentes en su propia base de datos para determinar si forman parte de la misma y remitirles una comunicación comercial, esta vez en su propio nombre. Se plantea así si la primera de las actuaciones puede enmarcarse en la propia de un encargado del tratamiento y si la acción de comparación constituye una segmentación de datos personales o una depuración a la que se refiere el artículo 47 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 y, si en tal caso, es preciso recabar el consentimiento de los usuarios de la base de datos del editor para la depuración de sus datos y la cesión al consultante e informarle de la identidad del cesionario.

A estos efectos debe tenerse en cuenta que la comunicación del dato del identificador que incluye la dirección del correo del usuario impactado por la cookie, constituye una comunicación de datos personales definida 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.

De la misma manera, la legitimación para dicha comunicación de datos a partir de la aplicación del Reglamento General de Protección de datos deberá



basarse en el consentimiento del interesado, conforme a lo establecido en su artículo 6.1.a) según el cual “El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos.”

No obstante, tanto la Ley Orgánica 15/1999 como el Reglamento general de Protección de datos, regulan 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.”*

Para que dicha relación entre responsable y encargado pueda darse 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 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”*.

El Reglamento general de protección de datos al regular dicha figura contiene, entre otras, previsiones análogas a las recogidas en la Ley Orgánica 15/1999. Dispone así su artículo 28.3 que “El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el

tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;

Asimismo, el número 9 de dicho artículo 28 establece que “9. El contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 constará por escrito, inclusive en formato electrónico.” Y su número 10 dispone que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 84, si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento”

De este modo para que el consultante pueda ser considerado como encargado del tratamiento será preciso que actúe siguiendo las instrucciones del responsable, siendo considerado como responsable si utiliza los datos con un fin distinto al que figura en el contrato o los comunica o utiliza incumpliendo las estipulaciones de aquél o, como prevé el Reglamento general de protección de datos, si determina los fines y medios del tratamiento, al convertirse así en responsable. Esto es, la nota definitoria del encargado es que actúe siguiendo las instrucciones del responsable que es quien puede delimitar los fines y medios del tratamiento, en otro caso el encargado deviene responsable del tratamiento.

Así pues, si la actuación del consultante viniese limitada al envío de correos publicitarios en nombre y por cuenta del responsable, siempre que se reuniesen todos los demás requisitos exigidos por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, y a partir de 25 de mayo los del artículo 28 del Reglamento general de protección de datos, podría considerarse como un encargo del tratamiento, ahora bien, la consulta señala que dicha actuación se complementa con el uso de los datos relativos al identificador que contiene el correo electrónico para comparar si los clientes se encuentran igualmente en la

base de datos del consultante y, en tal caso, enviarles una comunicación en nombre de éste; esta actuación supone que el consultante utiliza para sus propios fines los datos que le han sido comunicados por el responsable y determina que las actividades del consultante no puedan ser calificadas como un encargo del tratamiento. En consecuencia, la comunicación de identificadores por los editores al consultante constituye una cesión de datos que requiere el consentimiento de los interesados.

En lo que respecta a la consideración de la operación de comparación como una segmentación del fichero, distinta a la contemplada en el artículo 47 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, y en tal caso subsumible en una operación de encargo del tratamiento, cabe recordar que dicho artículo se refiere a la “depuración de datos personales” disponiendo 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”*.

De este modo, como señalaba el informe a que la consulta se refiere “*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.*”

En lo que respecta a la segmentación se viene a configurar, tal y como venía a señalar el informe a que la consulta hace referencia, como 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.

Continuaba dicho informe señalando que *“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.”

Ahora bien, en el presente supuesto no cabe considerar que se trata de una segmentación subsumible en un encargo del tratamiento. En primer lugar porque no existe tal encargo por parte del editor, sino que es el consultante el que, utilizando unos datos que los editores le proporcionan, enriquece su base de datos con los datos relativos a la navegación asociada al identificador del cliente, información de la que carecía y que utiliza en su propio beneficio para enviarles mensajes publicitarios en su nombre y por su cuenta. En consecuencia, no pudiendo considerarse tal operación como propia de un encargo de tratamiento es preciso obtener el consentimiento del interesado.

En cuando a si es preciso informar a los usuarios de la identidad del cesionario de los datos, la Ley Orgánica 15/1999 exige que el responsable que recaba el consentimiento del usuario para efectuar una cesión de datos informe a éste de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar. El artículo 45.1.b del Reglamento de desarrollo de dicha Ley precisa que debe informarse al interesado sobre los sectores concretos y específicos de actividad respecto de los que podría informar o recibir publicidad.

El Reglamento general de Protección de datos, requiere en su artículo 13 que cuando se recabe el consentimiento de los interesados se les informe de “los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso”.

En todo caso debe recordarse que conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable, quedando prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación. Asimismo, el artículo 21 determina que *los correos electrónicos con mensajes comerciales deban incluir una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda*



ejercitarse el derecho a oponerse a tal tratamiento. En lo que respecta a las cookies debe informarse a los interesados sobre la forma de revocar el consentimiento y eliminar las cookies.