



La consulta plantea cuál sería la posición jurídica de la consultante desde el punto de vista de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, en el ámbito de los servicios que se detallan en la misma.

Según se indica, la consultante, a través de una empresa subcontratada por aquélla, accedería a la base de datos de clientes de las entidades aseguradoras que contratasen sus servicios con la finalidad de analizar la información contenida en dicha base de datos y asesorar a dichas entidades acerca de los perfiles de destinatario de campañas publicitarias de aquellas.

Teniendo en cuenta las circunstancias a las que se refiere la consulta, el análisis que se llevará a cabo en el presente informe parte de una serie de premisas cuya consideración será imprescindible para que las conclusiones que en él se alcancen puedan considerarse aplicables al supuesto en cuestión:

- En primer lugar, se analizará el supuesto en el que la entidad o “plataforma” subcontratada por la consultante, acceda única y exclusivamente a datos de las empresas que la misma contrate. Es decir, se considerará que dichas “plataformas” en modo alguno tendrán, a los efectos del supuesto analizado, la condición de “listbrokers”, por cuanto su actividad y tratamiento de los datos se relacionará única y exclusivamente, en la prestación de servicios a la que se refiere la consulta, con las bases de datos de clientes de las empresas contratadas.
- Por este motivo, en segundo término, el tratamiento realizado por la empresa subcontratada no implicará ni el cruce, depuración o “deduplicación” de la información contenida en el fichero de clientes con cualesquiera otras bases de datos, del propio subcontratado ni de terceras empresas respecto de las que la misma pudiera tener la condición de “agente comercial” ni supondrá ningún tipo de enriquecimiento de la base de datos de clientes que haya sido facilitada, limitándose esa actividad a permitir a la consultante la determinación de los perfiles de clientes ya existentes que pudieran resultar potenciales destinatarios de la correspondiente acción comercial.
- Por último, la actividad de la consultante, conforme indica la consulta no consiste en la realización de una campaña, sino únicamente en informar a la entidad contratada de los criterios relativos a qué perfiles de destinatarios que aquélla considere



más adecuados para llevar a cabo con posterioridad una acción comercial.

Teniendo en cuenta estas premisas, la cuestión que plantea la consultante a lo largo de su extenso escrito se refiere, esencialmente, a la aplicación en el presente caso de lo dispuesto en el artículo 46.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. Dicho precepto se refiere a la determinación de la entidad que tendrá la consideración de responsable del tratamiento en el supuesto en 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”.

La premisa sustentada en el precepto y que acaba de reproducirse implica que en el supuesto al que el mismo se refiere la entidad anunciante deberá haber encomendado a la segunda entidad la “realización” de la campaña publicitaria; es decir, la efectiva puesta en práctica de acciones que implican la materialización de la acción de publicidad y prospección comercial.

En segundo término, debe tenerse en cuenta que el precepto tiene por objeto la plasmación en el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 15/1999 de la doctrina emanada de la Sala tercera del Tribunal Supremo en relación con la determinación de las entidades responsable del fichero y del tratamiento en el marco de las actividades de publicidad y prospección comercial

La diferencia entre ambas figuras aparece recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2004, que recuerda:

“(…) las sentencias de contraste contemplan una regulación -la de la LORTAD de 1992- que en el problema que nos ocupa -y tal como expone muy claramente la sentencia impugnada, ejemplo de buen hacer judicial- ha cambiado sustancialmente en la nueva Ley 15/1999 de Protección de datos de carácter personal, que distribuye perfectamente entre responsable del fichero y responsable del tratamiento, y que en el título VII dedicado a regular las infracciones y sanciones dice muy claramente que «los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley»”.

La propia Sentencia hace suyos los argumentos de la SAN de 16 de octubre de 2003, objeto de recurso, que señalaban lo siguiente:

*“Se desprende asimismo de los repetidos apartados del art. 3, como ya se ha manifestado, la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir,*



*quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento”.*

Esta doctrina es igualmente sustentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005, que aporta consideraciones sumamente reveladoras de la intención del legislador en este punto.

Así, en primer lugar, es preciso recordar que la propia Sentencia, con cita de la de la Audiencia Nacional objeto de recurso, describe la conducta objeto de sanción por la Agencia Española de Protección de Datos, en los siguientes términos:

*“(…) la cuestión controvertida, se circunscribe a determinar, si la entidad actora que encargó la realización de una campaña publicitaria a X consistente en el envío de unas invitaciones a determinadas personas (seleccionadas entre hombres y mujeres, de 30 a 53 años, de cinco niveles de formación determinados y residiendo en los distritos postales 28036 y 28039 de Madrid, en cantidad aproximada de 9.000 unidades [folio 79], para asistir en un hotel de Madrid a un acto promocional de la firma Y en el que se les entregaba unos regalos), extraídas de un fichero facilitado por Z a X, es responsable de la infracción imputada.”*

Es decir, una entidad beneficiaria de la publicidad encomienda a otra el envío de la publicidad con base en determinados “parámetros identificativos” fijados por aquella, referidos a la edad, nivel de formación y domicilio de los destinatarios de la campaña.

En relación con el hecho de que la entidad sancionada no “realizase materialmente el tratamiento, la Sentencia recuerda, también con cita de la fundamentación sostenida en instancia, lo siguiente:

*“(…) el hecho de que la entidad recurrente, efectivamente, como señala la parte actora, no tuviera en ningún momento la disponibilidad material de los datos, no quiere decir que no decidiera sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, y que no sea responsable del tratamiento, porque precisamente la LOPD viene a efectuar una ampliación subjetiva de la responsabilidad, de manera que por efecto de la externalización de los servicios informáticos no queden impunes aquellos agentes que con capacidad de decisión sobre el tratamiento intervienen en el proceso y aparentemente su actuación queda diluida por la relevancia de otras conductas más importantes en el proceso.”*



Pero la Sentencia, siempre con cita de la argumentación en instancia, profundiza aún más en esta materia, recordando que con la diferenciación introducida por la LOPD, diferenciando entre el responsable del fichero y el responsable del tratamiento “*el legislador español pretende adaptarse a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, que tiene como objetivo dar respuesta legal al fenómeno, que cada vez es más frecuente, de la llamada externalización de los servicios informáticos, donde actúan múltiples operadores, muchos de ellos insolventes, creados con el objetivo de buscar la impunidad o irresponsabilidad de los que le siguen en los eslabones siguientes de la cadena*”.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005, se pronuncia en los siguientes términos:

*“Y, es el beneficiario de la publicidad remitida al denunciante y al resto de afectados, y sin embargo a pesar de haber contratado con X ese servicio, consiente que un tercero (Z), con quien no le une ninguna relación contractual, sea quien materialmente lleve a cabo dicha campaña, además con datos provenientes de sus propios ficheros, que luego resultaron que se obtuvieron contraviniendo la legislación sobre protección de datos, no adopta ninguna prevención o cautela sobre los mismos. Es más, se desentiende totalmente de la cuestión. Sobre todo cuando comprueba que en el folleto publicitario que se remite a sus potenciales clientes, aparece únicamente Z como responsable del fichero y ante quienes pueden ejercerse los derechos de acceso, rectificación o cancelación. No consta que moviese un solo dedo para impedir tamaña irregularidad, ni siquiera para cerciorarse quién era esa entidad denominada Z, y sobre todo, por lo que a nosotros nos interesa, si los datos personales que estaban siendo objeto de tratamiento, eran de fuentes accesibles al público, o en su defecto, si contaba con el consentimiento de los afectados.*

*En la materia que nos encontramos, especialmente sensible porque afecta de manera directa a derechos constitucionales protegidos, las persona físicas y jurídicas que intervienen en las operaciones o procedimiento relativos al tratamiento de datos personales, no pueden desentenderse de sus obligaciones, o hacer que éstas recaigan en otras personas físicas o jurídicas, colocadas o creadas, muchas veces, con el único objeto de eludir responsabilidades.*

*Con ello, no estamos sosteniendo que éste sea el caso de autos, pero lo que sí es cierto es que Y, debió en primer lugar, haberse interesado de cuál era la procedencia de los datos personales tratados en la campaña publicitaria realizada en su beneficio, y, posteriormente, poner los medios necesarios para impedir que dichos datos obtenidos ilegalmente fueran objeto de tratamiento, y definitivamente que los folletos publicitarios llegaran a sus destinatarios.*



*En su consecuencia, la resolución impugnada hace una aplicación correcta y conforme a derecho del art. 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en relación con los arts. 3.d) y 6.1 de la misma Ley, respecto a la infracción imputada, y se sanciona con multa de 10.000.000 de ptas., que es la mínima, dentro de la extensión contemplada en el art. 45.2 del mismo texto legal (multa de 10.000.000 de ptas. a 50.000.000 de ptas.).”*

En consecuencia, la regulación contenida en el artículo 46.2 del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 tiene por objeto clarificar el papel de las distintas entidades intervinientes en una determinada campaña publicitaria en los supuestos en los que el beneficiario de la publicidad o anunciante no tiene acceso material a los datos relativos a los destinatarios, limitándose a encomendar a un tercero la realización de la campaña a partir del establecimiento de los parámetros que delimiten el perfil de los destinatarios, a fin de que esta entidad contratada por el beneficiario delimite de entre los datos contenidos en los ficheros a los que no accede materialmente el anunciante, quiénes serán los destinatarios de la publicidad. En este caso, el precepto señala que, aún no existiendo un acceso material a los datos, el anunciante es realmente el responsable del tratamiento llevado a cabo en caso de que el tratamiento efectuado por la entidad obedezca a la delimitación de los parámetros identificativos del público objetivo de la campaña.

Dicho de otro modo, el precepto trata de determinar el grado de responsabilidad en los supuestos de campañas realizadas en beneficio de un determinado anunciante y que implican el tratamiento de datos contenidos, en todo o en parte, en ficheros de los que el mencionado anunciante no sea responsable. De este modo, cuando el control sobre la delimitación del tratamiento corresponde al propia anunciante, en todo o en parte, deberá imputarse al mismo, de conformidad con la doctrina emanada de la Sala Tercera del tribunal Supremo, la condición de responsable del tratamiento efectivamente llevado a cabo.

En consecuencia, dos premisas parecen resultar necesarias para la aplicación del artículo 46.2 del Reglamento: que se encomiende a un tercero la realización de la campaña y que la determinación de los efectivos destinatarios de la misma no proceda, o proceda solamente en parte, de ficheros de los que es responsable el propio beneficiario de la publicidad.

En el caso planteado, y tomándose en consideración las premisas señaladas al comienzo de este informe, la actividad a desarrollar por la entidad consultante consistiría en el análisis exclusivo de los ficheros de clientes de las compañías aseguradoras que contratasen sus servicios a fin de examinar cuál podría ser el perfil de los posibles destinatarios de las campañas que dicha entidad se proponga realizar, una vez examinada la estructura del fichero de clientes y su composición.



De este modo, la actividad de la consultante se llevaría exclusivamente a cabo en relación con ficheros de los que sería responsable la propia entidad que la contrate y no implicaría la realización material de la campaña, sino el mero asesoramiento a la entidad cliente del perfil de clientes más adecuado para la realización material de aquélla.

En ese caso, y teniendo en cuenta las premisas indicadas al comienzo de este informe y los requisitos necesarios para que proceda la aplicación del artículo 46.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, cabría concluir que la consultante tendría la condición de encargada del tratamiento de la entidad que contratase sus servicios, no siendo de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 46.2 del tan citado Reglamento.