



La consulta plantea determinadas cuestiones relativas a la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RDLOPD). Se refiere a un servicio proyectado y plantea sus posibles implicaciones en lo que a los datos personales atañe. El servicio ofrecido es el siguiente: las empresas con las que se asociaría la consultante serían responsables de ficheros de los correos electrónicos de sus usuarios clientes de sitios web. Estas empresas remitirían a la consultante *“de forma encriptada y anónima los Hash emails de aquellos de sus usuarios que obtuvieron mediante el registro en sus páginas web y que hayan sido previamente impactados con un pixel cuando accedieron a los respectivos sitios web”* de las empresas asociadas. Según la consultante al realizarse los envíos *“de forma encriptada por medio de un Hash, ... son datos previamente disociados y por tanto anónimos”*. La empresa consultante por su parte afirma ser responsable de una *“base de datos de usuarios, obtenida mediante el consentimiento previo, expreso e informado de dichos usuarios, con la finalidad de remitirles por email comunicaciones comerciales e información de terceras empresas”*. La empresa consultante asociaría las bases de datos remitidas por las empresas asociadas con su propia base de datos, con el fin de identificar los emails de los usuarios que no fueran clientes de las empresas asociadas, con el fin de enviar publicidad por correo electrónico a los usuarios no clientes de las empresas asociadas.

Se plantea si cabe la cesión del Hash a las empresas asociadas, y si ello supone la remisión de datos disociados; si es necesario el consentimiento previo de los usuarios para la transmisión de los datos; si cabe el envío de comunicaciones comerciales por la empresa consultante y si puede entenderse el supuesto subsumido en el procedimiento de depuración contemplado en el art. 47 RDLOPD.

## I

Nos planteamos en primer lugar cuál es la naturaleza del servicio que pretende prestarse, así como la posición jurídica de las empresas intervinientes. En particular, si el sistema pretende crear una nueva base de datos de los no clientes de dos o más empresas (depuración) o si se pretende únicamente identificar los usuarios no clientes de una empresa a los que se remitirá publicidad comercial (segmentación).



Estos conceptos, con un supuesto de hecho muy parecido al ahora planteado, fueron estudiados en el informe de 9 de octubre de 2012 al que nos remitimos, en los siguientes términos:

*“Se plantea en la presente consulta si es conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD, y su normativa de desarrollo, el hecho de que un responsable de fichero dé acceso a los datos a otra empresa, a la que encarga el servicio de comparar su base de datos con otra de titularidad de esta última, con la finalidad de que no se hagan envíos de información comercial a registros comprendidos en la base de datos propia de quien encarga el servicio. Se pregunta en concreto si el supuesto de hecho quedaría incluido en las previsiones del artículo 47 del Reglamento de la LOPD aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre (en adelante, RDLOPD) y si ha de considerarse como cesión de datos o como encargo de tratamiento. Especifica que “en ningún caso el proveedor o quien encarga el servicio enriquecerá sus respectivas bases de datos, y que en definitiva de ninguna forma el proveedor creará una base de datos nueva para fines propios”.*

*Comenzaremos indicando que, según el artículo 2.1 LOPD, la misma “será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, teniendo la consideración de dato de carácter personal según el art. 3.a) LOPD “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Siendo el tratamiento de datos personales según el art. 3.c) LOPD “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”, en la presente consulta se plantea un tratamiento de los datos personales incorporados al fichero de una empresa por parte de otra.*

*Con carácter general, la LOPD define la cesión o comunicación de datos en el artículo 3.i) como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”; y el artículo 11 LOPD desarrolla las causas que legitiman dicha cesión, exigiéndose con carácter general el previo consentimiento del interesado, con las excepciones que el segundo apartado de dicho precepto establece. No obstante, el artículo 12 LOPD señala 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”, desarrollando los artículos 20 a 22 del RDLOPD los requisitos legales para el encargo del tratamiento.*

*La última de las indicaciones de carácter general que estimamos pertinente realizar es que todo tratamiento de datos personales debe estar*



*legitimado, en los términos del artículo 6 LOPD; es decir, el responsable del fichero sólo podrá efectuar el tratamiento de datos personales cuando tenga el “consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”, a menos que quede incluido en alguna de las excepciones que el propio artículo 6 contempla. Hacemos esta precisión porque la consulta habla de “alquiler” de bases de datos; desconocemos las cláusulas y condiciones de dicho contrato de alquiler, pero partimos de la base de que todo responsable de fichero o, en su caso, encargado del tratamiento, está suficientemente legitimado para realizar el tratamiento de datos personales en cuestión.*

## II

*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, reconviniendo 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<sup>a</sup> 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.*

*Todo ello, volvemos a reiterar, siempre que se cumplan los restantes principios de la legislación sobre protección de datos. En particular, todo responsable del fichero (tanto de la primera base de datos, de clientes, como el de la segunda base de datos, que se dice “alquilada”) deberá contar con la legitimación suficiente para el tratamiento que pretende efectuarse. Y esto, reiteramos, es especialmente importante al hablarse en la consulta de “alquiler de bases de datos”, considerando que no cabe la utilización de datos de carácter personal sin que exista una causa legitimadora del art. 6 LOPD.*

*Y esta legitimación para el tratamiento deberá tenerse por los responsables de ficheros tanto en un momento inicial como en los sucesivos tratamientos que se realicen. En este sentido, si el objeto de la segmentación es que no se realicen envíos de información comercial a los clientes que aparecen en la base de datos propia de quien se encarga el servicio, deberá lógicamente tenerse, por quien corresponda, legitimación para el tratamiento de los datos consistente en la realización de campañas publicitarias para quienes no son clientes”.*

En este sentido, las cuestiones planteadas en el presente informe fueron básicamente resueltas en el citado, por cuanto sus argumentos y requisitos son plenamente aplicables al sistema ahora planteado. Si el sistema



en cuestión se desarrollara estrictamente dentro de los parámetros de la consulta, no nos encontraríamos ante una depuración del art. 47 RDLOPD, sino ante una verdadera segmentación de bases de datos, que habrá de instrumentarse a través de un contrato de encargo de tratamiento.

Así, como requisitos esenciales al respecto, deberá existir en primer lugar una **legitimación para el tratamiento de datos** por parte de todas las empresas intervinientes, y muy en particular de la empresa que realiza la segmentación, que habrá de tener legitimación suficiente para tratar los datos de los no clientes de las empresas asociadas a los que les va a remitir publicidad.

En este sentido, ya decíamos en el informe transcrito que todo responsable de fichero habrá de estar legitimado para tratar los datos en cuestión, de conformidad con los artículos 3.c) y d) LOPD en relación con el art. 6 LOPD, y en el ámbito publicitario en los términos del art. 45 RDLOPD. Así, se requiere que por un lado las empresas que la consulta denomina “asociadas” deberán ostentar legitimación suficiente para el tratamiento de datos personales. Y para que exista una verdadera segmentación la empresa que presta el servicio deberá también estar legitimada para tratar los datos de la base que va a utilizar, la cual será segmentada a fin de excluir a los que son clientes de las empresas asociadas, a los que no remitirá publicidad comercial. Éste parece ser el punto de partida de la consulta, en la que se indica que la empresa consultante *“es una empresa dedicada a la prestación de servicios de marketing online, en virtud de la cual, dispone de una base de datos, obtenida mediante el consentimiento previo, expreso e informado de dichos usuarios, con la finalidad de remitirles por email comunicaciones comerciales se información de terceras empresas”*. También posteriormente la consulta indica que la consultante *“tiene el consentimiento previo, expreso e informado de estos usuarios para enviarles comunicaciones comerciales en nombre de terceros”*. En definitiva, se afirma que la consultante, que va a prestar un servicio consistente en segmentar de su propia base de datos a los que ya son clientes de las empresas asociadas, para a continuación remitirles publicidad a los que resulten, ostenta legitimación para llevar a cabo dicho tratamiento de datos personales, en particular por contar con el consentimiento previo, expreso y por escrito de conformidad con el art. 6.1 LOPD, 45.1.b) RDLOPD y entendemos que, si la publicidad va a remitirse por correo electrónico, considerando también el art. 21.1 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSI).

A esta legitimación preexistente se refiere la jurisprudencia que ha estudiado casos similares de segmentación. En particular, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 17 de diciembre de 2009, recurso contencioso-administrativo 707/2008, que parte de la consideración de que la empresa que va a prestar el servicio está legitimada para el tratamiento de los datos, por haber obtenido el



consentimiento debidamente. Afirma esta sentencia (el subrayado es nuestro): *“Con base en lo anterior, la resolución impugnada considera acreditado que A **disponía del consentimiento del denunciante para ceder sus datos a terceras empresas del sector financiero**, como la entidad B, con fines promocionales, por lo que no aprecia la comisión por A de la infracción muy grave de cesión inconsentida de datos que inicialmente le imputaba y acuerda el archivo de las actuaciones seguidas contra ella.*

*Acepta así, la resolución impugnada que el denunciante consintió la cesión de sus datos incorporados al fichero E para fines promocionales a B, que es una empresa del sector financiero a la que se refiere la cláusula informativa insertada en los envíos publicitarios de los catálogos de productos “YYY” y “ZZZ” editados por A.*

*Estos datos del denunciante incorporados en el citado fichero E, **cedidos legítimamente por la responsable del citado fichero, A, a B** mediante la intermediación de C, son los utilizados para la remisión de los envíos promocionales de B, como también se reconoce por la AEPD.*

*Es decir, B no ha utilizado para la remisión de los envíos publicitarios los datos que del denunciante se encuentran bloqueados en su sistema informático (al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.3 LOPD), al haber ejercitado el denunciante el derecho de cancelación al objeto de no recibir publicidad de dicha entidad.*

*Ha utilizado los datos incluidos en el fichero E, entre los que se encuentran los del denunciante, el cual **consintió el tratamiento y cesión de sus datos a entidades financieras, como B, con la finalidad del envío de comunicaciones comerciales. Es este consentimiento otorgado por el Sr. XXX a A para el tratamiento y cesión de sus datos a entidades financieras con fines promocionales el que legitima los citados envíos.***

*Por lo expuesto, cabe concluir, que si bien es cierto que el Sr. XXX puso en conocimiento de B que no quería recibir publicidad de la entidad y a tal fin solicitó la cancelación de sus datos (bloqueando B los datos del denunciante al amparo del artículo 16.3 LOPD), no lo es menos que al incluirse sus datos en el fichero E otorgó su consentimiento al responsable de dicho fichero para el tratamiento y cesión de sus datos a entidades financieras (como B) con fines promocionales, **consentimiento que viene a amparar el tratamiento de los datos del denunciante recogidos en dicho fichero para la remisión de los envíos publicitarios de la citada entidad financiera**”.*

En cualquier caso, este consentimiento legitimador habrá de estar acompañado, como en cualquier tratamiento de datos, por el cumplimiento de los requisitos del **deber de información del art. 5 LOPD**.



Este precepto regula el derecho de información en la recogida de los datos personales, dedicando los apartados 1 a 3 al contenido de la exigencia de información previa, en el caso de que dichos datos sean recabados del interesado: *“1. 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 sus respuestas 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 y oposición.*

*e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

*2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.*

*3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.*

La aplicación a un supuesto de segmentación de bases de datos de la exigencia del deber de información la encontramos en la Sentencia de la misma Sala y Sección que la anteriormente citada de 17 de mayo de 2013, rec. 323/2010, que señaló: *“La exigencia de dicha información constituye un derecho del afectado que es objeto de protección por sí mismo, aunque también es, lógicamente, un complemento previo de la prestación del consentimiento. El derecho a la información constituye el pilar necesario para el ejercicio de otros derechos que la Ley reconoce.*

*El Tribunal Constitucional en la STC 292/2000 ha resaltado la relevancia de este derecho a la información, señalando que “son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos” y que “... es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de estos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales (...) De suerte que sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se*



*integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia”.*

*En este sentido la declaramos en nuestra Sentencia de 15 de junio de 2001 -recurso nº. 158/2000- señala que se trata de un “derecho importantísimo porque es el que permite llevar a cabo el ejercicio de otros derechos, y así lo valora el texto positivo al pormenorizar su contenido, y establecer la exigencia de que el mismo sea expreso, preciso e inequívoco”.*

Partiendo así de la consideración de que exista legitimación para el tratamiento de los datos, que cumpla los requisitos legales que en cada caso procedan, y que se hay dado cumplimiento al previo deber de información, la segmentación deberá instrumentarse a través de un **contrato de encargo de tratamiento** que cumpla las exigencias de los arts. 12 LOPD y 20 a 22 RDLOPD. Así, si se cumplieran todos los requisitos de encargo de tratamiento, no sería necesario un nuevo consentimiento previo de los usuarios de las empresas “asociadas” para llevar a cabo este servicio, no encontrándonos ante una verdadera cesión en los términos del art. 47 RDLOPD en relación con el art. 11 LOPD. Para ello habrá de suscribirse un contrato por escrito, “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” (art. 12.2 LOPD). Singularmente destacamos, como decíamos en el informe de 2012, que será esencial que la empresa que presta el servicio no forme una nueva y tercera base de datos con el resultado de la segmentación y la destine a fines distintos de los del contrato de encargo, ni menos aún la comunique a terceros, puesto que en este caso sería aplicable el art. 12.4 LOPD en cuya virtud “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”; también en este sentido art. 20.3 RDLOPD.

También señala el art. 12.2 LOPD que “En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar”. En este último sentido, arts. 79, 82 y concordantes RDLOPD. Asimismo, conforme al art. 12.3 LOPD, “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”; en este sentido también art. 22 RDLOPD.

El cumplimiento de los requisitos del encargo de tratamiento también ha sido señalado por la jurisprudencia para llevar a cabo una verdadera segmentación. Destacamos la Sentencia de la misma Sala y Sección que la



anteriormente citada de 16 de abril de 2009, recurso 550/2007 que a su vez cita la dictada en el recurso 365/2006, que aprecia exceso en los requisitos de encargo de tratamiento, en los siguientes términos (el subrayado es nuestro):

*“Esta Sala ha tratado de valorar en este caso concreto cual ha sido la actividad real de A en ejecución de las disposiciones del contrato de listbroking suscrito con B y que aparece incorporado a partir del folio 47 del expediente; estamos en disposición de adelantar que la conclusión obtenida consiste en considerar que la labor de A ha excedido en mucho la habitual de un simple encargado del tratamiento, para llegar a esta conclusión se han tomado en consideración los siguientes datos:*

- *El letrado de la parte recurrente en el acto de la vista afirmó reiteradamente que la actividad de A consiste en la “elaboración de ficheros” y que para eso se sirve tanto de ficheros integrados con datos procedentes de fuentes de acceso público como de listas que obtiene de otras fuentes en virtud de los contratos de listbroking que tiene suscritos. La elaboración de ficheros debe entenderse que consiste en la creación de ficheros nuevos (aunque no se denominen así) utilizando datos procedentes de uno y otro fichero. Recuérdese como la Abogada del Estado habló en la vista de que se llevaban a cabo la fragmentación de ficheros sin que tal afirmación fuera contradicha por el letrado de la parte recurrente.*

- *En relación a lo anterior, debe valorarse también que la consideración de A como simple encargado del tratamiento exigiría, en aplicación de lo previsto en el artículo 12.3 de la LOPD, que procediera a la devolución del fichero ó a la destrucción de los datos una vez realizado el tratamiento que le hubiera sido encargado. Sin embargo, si se examina el contrato, no aparece mención alguna de dicha devolución y en el acto de la vista, el letrado de la parte recurrente manifestó que no le constaba que se llevara a efecto dicha devolución y que nunca se devuelve. La duración prevista para el contrato en las cláusulas decimotercera y decimocuarta parecen incompatibles con la actuación característica de la posición del encargado del tratamiento.*

- *Aunque la recurrente afirma que en todo caso debe solicitar autorización a B para disponer de los datos de sus ficheros para una determinada campaña publicitaria, resulta que la documentación de dicha autorización y su concesión solo se encuentra en el documento número 59 del expediente. No parece compatible esa escasa prueba documental con el hecho de que según los pactos primero y decimoprimeros del contrato de listbroking, B debe recibir información previa y por escrito sobre quien ha mostrado su decisión de concertar una campaña publicitaria y que debe autorizar la utilización de los datos. Obviamente, la solicitud y la autorización posterior exigiría cruzar comunicaciones en dos sentidos y en este caso solo se ha*



acreditado la comunicación de A hacia B (la solicitud de autorización) pero no a la inversa (la concesión de la autorización).

- El documento citado que obra al folio 59 (hoja de encargo ó hoja de instrucciones) no documenta suficientemente las relaciones entre el titular del fichero y el encargado del tratamiento sino que más parece tener por finalidad permitir la facturación posterior a la que se refiere el Anexo del contrato de listbroking.

- Por último, debe tomarse en consideración que los derechos de acceso, cancelación y oposición de los posibles interesados (receptores de la publicidad) se deban hacer efectivos frente a A (que trata de ser un simple encargado del tratamiento) y no ante el titular del fichero. Esta Sala no encuentra justificación para esta cuestión sino es que, realmente, A es algo más que un simple encargado del tratamiento y puede atender al ejercicio de dichos derechos de acceso, rectificación y cancelación. También hay que señalar como el letrado de la parte recurrente fue requerido durante el acto de la vista para que justificase esta cuestión sin que nada nuevo pudiera aportar.

A todo lo dicho debe unirse, por una parte, que el fichero se encontraba en las dependencias de A (con lo que su poder de disposición era total) y, por otra parte, que no resulta tan relevante como pretende la parte recurrente que el contrato de listbroking sea, aparentemente, respetuoso con la Ley Orgánica 15/99 y ello pues lo decisivo no es lo que dicen los contratos sino la realidad que reflejan y, a juicio de esta Sala, la actuación de A no se compadece, por todo lo expuesto hasta ahora, con la actuación que llevaría a efecto un simple encargado del tratamiento. De la prueba practicada y del análisis de la documentación obrante en el expediente parece deducirse que la actuación llevada a efecto no es propiamente la que se describe en el escrito de demanda, como simple ejecución del contrato sino que supone una actuación diversa y más compleja que se encuadra en la actuación del titular del fichero.

Finalmente, se añadía en aquella sentencia que: “Así pues debe concluirse que la actuación de un “listbroker” (configurada en un contrato con cláusulas como las que recoge el contrato incorporado al presente expediente administrativo y que responda a una realidad de funcionamiento como a la que nos hemos referido) no puede identificarse con la actuación de un encargado de tratamiento y, por lo tanto, deberá ser sancionada cuando actúe sin contar con el consentimiento del titular de los datos con los que opere. Desde este punto de vista procedería la integra confirmación de la resolución recurrida”.

Estudiado el sistema planteado en la consulta en los términos expuestos, en los que existiría un tratamiento de datos personales basado en la segmentación que la consultante haría de su propia base de datos para excluir los clientes de las empresas asociadas y así realizar publicidad únicamente a los no clientes, podemos concluir a las preguntas 2, 3 y 4 que en la medida en



que exista legitimación y se cumplan los requisitos para en encargo de tratamiento, no será necesario que las empresas asociadas obtengan un consentimiento independiente y singularizado para la operación en cuestión, como si de una cesión de datos se tratara, por no encontrarnos ante un caso de depuración de datos del art. 47 RDLOPD. Será conforme a la LOPD y a la LSSI en la medida en que se cumplan los requisitos estudiados.

## II

A la vista de la anterior conclusión, nos planteamos la primera de las preguntas deducidas, esto es, la utilización de un Hash para remitir las bases de datos de las empresas asociadas a la consultante, que será encargada del tratamiento.

La consulta entiende que el hecho de realizar los envíos de las bases de datos de los clientes de las empresas asociadas por medio de un hash determina que *“son datos previamente disociados, y por tanto anónimos”*.

Si se cumplieran los requisitos expuestos en el apartado I del presente informe, carece de sentido la utilización de un hash para la remisión de los ficheros en cuestión, puesto que nada aporta el uso de esta técnica de anonimización o seudonimización para alcanzar la finalidad pretendida; menos aún la implantación de un pixel en los usuarios que accedan a determinados sitios web de las empresas asociadas, cuya finalidad de uso no queda clara ni delimitada en la consulta. Y decimos esto porque cabe la remisión de las bases de datos por parte de las empresas asociadas a la empresa prestadora del servicio, siempre que se cumplan los requisitos del encargo del tratamiento, por lo que nada aporta la remisión de la información utilizando un hash, ni ello determina que los datos queden anonimizados y pierdan la consideración de datos de carácter personal, decayendo la aplicación de la LOPD.

Un algoritmo de hash es un mecanismo que aplicado a un dato concreto genera una clave única o casi única que puede utilizarse para representar un dato, por ejemplo, disponemos de un dato que queremos ocultar o anonimizar y para ello utilizamos un algoritmo de hash, como puede ser SHA1; de la aplicación del algoritmo a un determinado dato obtenemos una clave o huella digital que puede utilizarse para reemplazar el dato real. El algoritmo de hash genera una huella digital y podría hacer imposible reconstruir el dato original partiendo de la huella; y por otra parte cualquier variación en el dato original dará lugar a una huella digital diferente, lo que expresado en términos computacionales podría decirse que la modificación de un solo bit en la información original almacenada en un ordenador daría lugar a una clave MD5 distinta o una huella digital distinta. En resumen, el algoritmo de hash debería permitir que partiendo de un mismo dato o microdato se pueda generar siempre la misma huella digital pero partiendo de una determinada huella digital nunca podríamos obtener el dato original, es decir, garantiza la confidencialidad de un



microdato ya que se trata de una operación matemática de un solo sentido. Las claves resultantes de la aplicación de un algoritmo de hash son comúnmente conocidas como “huella digital” por entender que representan de forma unívoca a un dato o microdato concreto. Sin embargo un algoritmo de hash por sí solo no es suficiente para hacer irreversible la anonimización: pequeñas cadenas de texto, como por ejemplo los microdatos correspondientes al código postal de una persona, un número de teléfono, etc., pueden ser fácilmente reidentificables con un programa informático que genere cifras consecutivas y sus correspondientes huellas digitales. Un mecanismo de hash no garantiza por sí solo que los microdatos no puedan ser reidentificados, si lo que queremos es garantizar anonimización de un microdato es preciso utilizar un mecanismo criptográfico que nos garantice el secreto de la huella digital que hemos generado. Por ejemplo, el algoritmo HMAC puede utilizarse en combinación con varios algoritmos de hash como por ejemplo con MD5 y sobre la huella digital o clave resultante del algoritmo de hash aplica un algoritmo criptográfico que genera una nueva huella digital o clave en función de una clave secreta. La utilización de HMAC en combinación con claves no triviales y una política diligente de destrucción de claves podría servir, en su caso, para garantizar la irreversibilidad del proceso de anonimización. Así, mecanismos de hash con clave secreta pueden resultar útiles para enmascarar los datos, sin embargo deberá existir un procedimiento que permita la eliminación segura de las claves y la posibilidad de acreditar que el procedimiento se ha cumplido para garantizar la irreversibilidad del proceso convirtiéndolo en un proceso de anonimización real de la información en los términos que expresa el considerando 26 de la Directiva 1995/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Es decir, se utilice o no una función hash, la mera transmisión de una base de datos de una empresa (llamada “asociada”) a otra empresa (la consultante) supondrá un tratamiento de datos personales. Aunque se utilice una función hash para la transmisión de la base de datos en cuestión, esto no implica que se produzca una anonimización o disociación de los datos. Por un lado, puede ser susceptible de reversión, dependiendo de la técnica utilizada, de si se aplica a textos muy pequeños y predecibles (como pueden ser nombre, apellidos, DNI, correo electrónico), etc.; pero es que aunque en la función hash utilizada no fuera reversible, ello no supondría la conversión de los datos en anónimos. Por un lado, en cualquier caso se produce una identificación de los clientes de la consultante que no lo son de las asociadas, por lo que subsiste un tratamiento de datos personales. Por otro lado, la consultante obtiene información que no tenía previamente: conoce que un cliente es de una de las empresas asociadas pero no de la otra asociada.

En definitiva, el sistema implica una cesión de datos personales, sin que el uso de la técnica utilizada determine la conversión de los datos en anónimos, por lo que si quiere obviarse la obtención del consentimiento de los clientes de



las empresas asociadas únicamente cabe acudir a un contrato de encargo de tratamiento en los términos expuestos. No cabría, en ningún caso, entender que un encargado de tratamiento utilizara datos hash, por cuanto una de las tareas encomendadas en el encargo es remitir publicidad mediante correo electrónico a los que, estando incluidos en su propia base de datos, no son clientes de las empresas que contratan el servicio, responsables de sus propios ficheros.

Otra cosa es que en el cumplimiento del contrato de encargo de tratamiento, como antes decíamos, deban observarse todos los requisitos legales, y entre ellos las medidas de seguridad, enviando la información debidamente y con la debida seguridad en los datos. Si desea realizarse este envío por medio de un hash podrá así realizarse, pero ello no implica que los datos sean así anonimizados y que por tanto deje de aplicarse la LOPD.

Y en cualquier caso, reiteramos, aunque para la comunicación de las bases de datos de los clientes de las empresas asociadas a la consultante se utilizara un sistema hash, ello no impediría que la empresa consultante vaya a prestar un servicio basado en una cesión y posterior tratamiento de datos personales, sobre su propia base de datos, una vez segmentada excluyendo a aquellos que son clientes de las empresas asociadas y a los que no se dirigirá la campaña publicitaria, por lo que deberán cumplirse todos los requisitos indicados en el apartado I del presente informe.