

Dictamen en relació amb la consulta formulada per una entitat del sector públic de la Generalitat de Catalunya, en relació amb diverses qüestions referides a la recollida i la cessió de dades personals

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit del director general d'una entitat del sector públic de la Generalitat de Catalunya, adscrita al Departament competent en matèria de territori i sostenibilitat (en endavant, l'entitat).

En l'escrit es demana que l'Autoritat respongui diversos dubtes que es plantegen a l'entitat, a arrel d'un projecte que requerirà la recollida i el tractament posterior de dades personals, en concret, la cessió de dades a d'altres empreses.

Analitzada la consulta, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent.

I

(...)

II

L'entitat que formula la consulta explica que s'està treballant en un projecte que implicarà l'aplicació de descomptes als usuaris d'uns túnels situats en un tram de carretera determinat, per a tots aquells vehicles que compleixin determinats requisits (baixa taxa d'emissió de CO2 i que utilitzin determinat mitjà de pagament).

Segons s'explica en l'escrit de consulta, està previst que altres empreses del sector d'autopistes incorporin aquests descomptes a les seves tarifes, ja sigui inicialment o en un futur pròxim, amb la particularitat que serà sempre l'entitat qui reculli les dades de tots els usuaris i després les cedirà a les empreses perquè puguin realitzar el descompte pertinent.

També s'explica que el procés de recollida serà el següent:

“Tot usuari que vulgui gaudir del descompte esmentat s'haurà d'inscriure per mitjà d'Internet al portal de Vehicles de Baixa Emissió (VBE) de (l'entitat) i sol·licitar la seva acreditació i alta a la base de dades de VBE”. En l'escrit es concreten les dades bàsiques que haurà de proporcionar l'usuari (dades personals identificatives, dades sobre el vehicle i el codi per fer el pagament).

S'afegeix que *“abans que l'usuari validi totes aquestes dades en el portal d'Internet, podrà llegir una clàusula referent a la LOPD (i haurà d'acceptar-la), on s'especificarà:*

- 1. Finalitat de les dades*
- 2. On exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició de les dades.*
- 3. Raó social de les empreses que inicialment adopten també aquests descomptes i que per tant (l'entitat) els hi cedirà les seves dades.”*

L'entitat entén que amb aquesta clàusula no s'incompleix la llei de protecció de dades i per tant poden cedir les dades dels usuaris a les dites empreses.

En aquest context, es plantegen els següents dubtes, que seran objecte d'anàlisi en aquest dictamen:

A) Quan s'incorpori una nova empresa, abans de cedir-li les dades, s'ha de comunicar a tots els usuaris registrats? En cas afirmatiu, la comunicació es pot fer mitjançant correu electrònic? És necessari que l'entitat rebi el justificant de recepció per part dels usuaris per tenir constància de la comunicació?

B) L'entitat apunta la dificultat de contactar amb tots els usuaris, que poden ser milers, i per això planteja si es podria sol·licitar en la mateixa clàusula un consentiment de forma generalitzada indicant que el consentiment de l'usuari s'aplica tant a l'entitat com a totes les empreses que es vagin afegint al projecte.

C) Finalment es planteja si les empreses, quan rebin les dades cedides per l'entitat, també haurien de fer una comunicació a tots els usuaris informant-los que tenen les seves dades i a on poden exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició de les dades i, en cas afirmatiu, si també haurien de rebre el justificant de recepció de tots ells.

III

Plantejada la consulta en aquests termes, partim de la base que la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD), així com el Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la LOPD (en endavant, RLOPD), tenen per objecte protegir tota la informació sobre persones físiques identificades o identificables.

Les dades personals identificatives dels usuaris dels túnels, com ara el nom, cognoms, adreça postal o de correu electrònic, etc, així com les dades del vehicle, com pot ser el número de matrícula, quan es relacionen amb la persona física propietària del vehicle, constitueixen informació personal que queda protegida per la normativa esmentada.

La LOPD defineix el "tractament de dades personals" com les operacions i els procediments tècnics de caràcter automatitzat o no, que permetin recollir, gravar, conservar, elaborar, modificar, bloquejar i cancel·lar, així com les cessions de dades que derivin de comunicacions, consultes, interconnexions i transferències (article 3.c) de la LOPD).

Per tant, tant la recollida com la comunicació posterior de dades personals s'ha de sotmetre a allò que disposa la normativa de protecció de dades personals.

En el cas plantejat, segons s'explica, la recollida de les dades la farà la pròpia entitat. Aquesta és la persona jurídica que decideix sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament, i per tant és, als efectes de la LOPD la "responsable" d'aquest tractament de dades (article 3.d) de la LOPD). Això comportarà per a l'entitat el necessari compliment de les obligacions que imposa la LOPD al responsable.

Entre d'altres, convé tenir present que, per a la LOPD, qualsevol conjunt organitzat de dades de caràcter personal, sigui quina sigui la forma o la modalitat de creació, emmagatzematge, organització i accés, constitueix un "fitxer" (article 3.b) de la LOPD).

Sembla clar que el projecte respecte el qual es formula la consulta, implicarà la creació d'una "base de dades de VBE", en la que es tractaran les dades personals dels usuaris a què fa esment la consulta. Als efectes de la protecció de dades personals, això comportarà la necessària creació d'un o, si escau, varis fitxers de dades personals o, si escau, la modificació de fitxers ja creats, i la posterior inscripció al Registre de Protecció de Dades de Catalunya de la creació o modificació dels fitxers que pertoqui. Sobre aquesta qüestió, que no afecta pròpiament a la consulta que es formula, ens remetem al que disposa la LOPD i el RLOPD.

IV

En la consulta es fa referència a dos elements bàsics sobre els quals es construeix la protecció de dades, com són el consentiment dels afectats per tractar les seves dades, i la informació que el responsable els ha de donar, abans de tractar les dades.

Per bé que aquests dos elements, és a dir, el principi de consentiment (article 6 de la LOPD) i el deure d'informació (article 5 de la LOPD) sovint són complementaris, cal tenir present que tenen la seva pròpia funció i característiques. La petició del consentiment per part d'un responsable i la informació que aquest dóna als titulars de dades sovint s'unifiquen en la mateixa clàusula, referint-nos llavors a un "consentiment informat". Per bé que això és habitual en la pràctica, conceptualment és important aclarir que sol·licitar el consentiment i informar els afectats són dos actes que responen a obligacions diferents. Exemple d'això és que, en aquells casos en què per aplicació de la LOPD no és necessari comptar amb el consentiment del titular per tractar les seves dades, igualment s'ha de complir amb el deure d'informació.

Fet aquest aclariment, i a efectes explicatius, es donarà resposta en primer lloc a la pregunta B), i posteriorment a les preguntes A) i C).

La pregunta B) planteja si es podria sol·licitar en la mateixa clàusula un consentiment de forma generalitzada indicant que el consentiment de l'usuari s'aplica tant a l'entitat com a totes les empreses que es vagin afegint al projecte.

La LOPD disposa que el consentiment ha de ser una manifestació de voluntat lliure, inequívoca, específica i informada (article 3.h) de la LOPD). El tractament de dades de caràcter personal requereix el consentiment inequívoc de l'afectat, llevat, entre d'altres, que la llei disposi una altra cosa (article 6.1 de la LOPD).

A efectes il·lustratius, en relació amb la prestació del consentiment citem el Dictamen 15/2011 sobre la definició del consentiment del Grup de Treball de l'Article 29 (http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm).

L'article 2.h) de la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, defineix el consentiment com tota manifestació de voluntat, lliure, específica i informada, mitjançant la qual l'interessat consenti el tractament de les dades personals que l'afectin.

El Dictamen citat distingeix a través de diversos exemples el consentiment que es presta en relació amb la finalitat principal, del consentiment "separat i addicional" que hauria de demanar-se per permetre la cessió de les dades personals a tercers, tenint en compte les particularitats de cada cas.

En el cas que ens ocupa, els usuaris s'inscriurien en la base de dades de VBE de l'entitat, per tal de poder gaudir d'un determinat descompte per part de l'entitat.

Aquesta és la finalitat determinada, explícita i legítima que en el cas plantejat justificaria el tractament de les dades (article 4.1 de la LOPD). El consentiment que es dona, ha d'estar sempre vinculat a la finalitat del tractament.

S'estableix doncs una relació principal entre un usuari, propietari d'un vehicle, i l'entitat, relació que implica un tractament de dades personals d'aquest usuari per a la finalitat citada, és a dir, que l'entitat efectuï un descompte a l'usuari. Tenint en compte que l'entitat necessàriament ha de tractar una sèrie de dades de l'usuari per poder efectuar el descompte, podria no ser necessari disposar del consentiment del titular, atès que, segons l'article 6.2 de la LOPD, no cal el consentiment quan les dades es refereixen a les parts d'un contracte o un precontracte d'una relació de negoci. En el cas que ens ocupa és l'usuari qui, lliurement, sol·licita beneficiar-se d'un descompte, i per fer efectiu aquest descompte l'entitat, necessàriament, ha de tractar les seves dades.

Sigui com sigui, més enllà de plantejar que, en la relació entre l'usuari i l'entitat, i a efectes exclusivament d'efectuar determinat descompte, el consentiment pugui no ser necessari, el que interessa destacar en aquest punt és que la cessió de les dades a altres empreses escapa d'aquesta relació principal, i per tant de la finalitat del tractament de dades per part de l'entitat, i és una possibilitat que l'usuari ha de poder controlar i acceptar. Dit d'una altra manera, la sol·licitud d'un descompte a l'entitat, i per tant, l'acceptació que fa l'usuari del tractament de les seves dades per part de l'entitat, no té perquè suposar-li una imposició o obligació d'acceptar una relació jurídica amb terceres empreses que podrien fer el mateix descompte en un altra autopista, ni, per tant, l'obligació d'acceptar que aquestes altres empreses tractin les seves dades.

L'article 11 de la LOPD exigeix que qualsevol comunicació de dades a tercers compti amb el consentiment del titular, a menys que una llei disposi altra cosa, circumstància que no es dona en aquest cas. Per tant, la comunicació de les dades dels usuaris a tercers, que complementa aquesta relació principal que s'estableix entre l'entitat i els usuaris, requereix que l'entitat obtingui el consentiment dels usuaris.

Finalment, a títol il·lustratiu, es poden tenir presents les recomanacions fetes pel Grup de Treball de l'Article 29 en el Dictamen 15/2011, sobre la definició del consentiment, citat.

Aquest Dictamen destaca la importància de l'accessibilitat i la visibilitat de la informació, que s'ha de donar directament als afectats, de manera que no seria suficient que la informació estigui simplement "disponible", per exemple, en una pàgina web. Atès que la informació ha de ser clarament visible i comprensible, es recomana l'ús de caselles (*"dialogue boxes"*) per tal de donar la informació requerida en els casos en que es requereix el consentiment dels afectats, de manera que a través del marcatge o no de la casella puguin autoritzar la comunicació de les seves dades. Es recomana utilitzar les eines disponibles en les pàgines web per tal d'assegurar la comprensió de la informació i la correcta prestació del consentiment per part dels afectats.

El que acabem de dir, resulta aplicable al model plantejat en el cas que ens ocupa. Pel que s'exposa, sembla que consisteix en què una entitat concreta, en el marc de la seva activitat com a empresa concessionària, cedeixi dades dels usuaris a d'altres empreses concessionàries. Entre aquestes diverses empreses, la cedent i les cessionàries, no hi ha en principi cap relació de jerarquia o de dependència funcional o d'altre tipus.

Diferent qüestió seria que fos la pròpia Administració pública que té la competència sobre la mobilitat en els trams de vies on es pretén aplicar els descomptes, la que oferís o gestionés aquest sistema de descomptes als usuaris, comunicant les dades d'aquests a les diverses empreses concessionàries. Si ens trobéssim en aquest cas, el

titular de les dades estaria tractant no ja amb una empresa concessionària, sinó amb l'Administració gestora d'aquest sistema de descomptes en diversos trams d'autopista.

En aquest cas, i als efectes de la normativa de protecció de dades, l'Administració pública seria la cedent i les empreses serien les cessionàries.

En el cas que es plantegés aquest model, -sempre i quan els usuaris fossin coneixedors de la finalitat del tractament i cessió de les seves dades i rebessin la informació necessària sobre aquest tractament-, probablement ja no seria necessari el consentiment dels usuaris per a cedir les dades.

Això és així perquè en aquest model ens trobaríem amb què l'usuari, voluntàriament, es relaciona no ja amb una de les empreses concessionàries, sinó amb l'Administració que gestiona el sistema de descomptes, i consent que tracti les dades amb aquesta finalitat. Aquesta Administració necessàriament haurà de comunicar les dades dels usuaris a les empreses concessionàries, per tal d'aplicar els corresponents descomptes. Aquesta cessió és, doncs, part intrínseca de la pròpia finalitat del tractament, i conseqüència necessària de l'exercici d'aquestes competències, en concret, de la gestió del sistema de descomptes que ens ocupa per part de l'Administració pública.

Cal tenir present que, segons disposa l'article 11.2.c) de la LOPD, el consentiment per a la cessió de dades no és necessari, entre d'altres, quan:

“Quan el tractament respongui a la lliure i legítima acceptació d'una relació jurídica el desenvolupament, el compliment i el control de la qual impliqui necessàriament la connexió del tractament esmentat amb fitxers de tercers. En aquest cas, la comunicació només és legítima quan es limiti a la finalitat que la justifiqui.”

Tot això, sens perjudici que, independentment del model que es plantegi, l'usuari sempre hauria de tenir la opció de triar les empreses cessionàries amb les que es vol relacionar a efectes de que tractin les seves dades, o d'oposar-se a alguna cessió concreta de les seves dades.

Tornant al model que es planteja en la consulta, l'usuari ha de poder diferenciar clarament la prestació del seu consentiment en ambdós casos, això és, perquè l'entitat tracti les seves dades, i perquè ho facin terceres empreses, a través de la cessió.

Atès que en el cas que ens ocupa no es preveu el tractament de dades especialment sensibles (article 7 de la LOPD), el consentiment per al tractament de dades per part de l'entitat es podria prestar de forma explícita, i també tàcitament, és a dir, el consentiment es pot obtenir per la via d'una confirmació de l'interessat, o d'una manca de negativa al tractament de les dades. L'article 14 del RLOPD disposa que:

*“1.El responsable del tractament pot sol·licitar el consentiment de l'interessat a través del procediment que estableix aquest article, **excepte quan la Llei li exigeixi l'obtenció del consentiment exprés per al tractament de les dades.***

*2.El responsable es pot dirigir a l'afectat, l'ha d'informar en els termes previstos en els articles 5 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, i 12.2 d'aquest Reglament, li ha de concedir un termini de trenta dies perquè manifesti la seva negativa al tractament, i l'ha d'advertir que, en cas que no es pronunciï a aquest efecte, s'entén que consent el tractament de les seves dades de caràcter personal.
(...)”*

Ara bé, si entenem que el fet d'efectuar un descompte a l'usuari per part de l'entitat en el marc de la "relació principal", tal i com l'hem anomenat, suposa la "finalitat" del tractament de dades, als efectes de la LOPD, i que aquesta és diferent de la finalitat consistent en què terceres empreses realitzin determinats descomptes al mateix usuari, haurem de tenir en compte el que disposa l'article 15 del RLOPD, segons el qual:

*"Si el responsable del tractament sol·licita el consentiment de l'afectat durant el procés de formació d'un contracte **per a finalitats que no tinguin una relació directa** amb el manteniment, desenvolupament o control de la relació contractual, **ha de permetre a l'afectat que manifesti expressament la seva negativa al tractament o comunicació de dades.***

*En particular, aquest deure s'entén acomplert quan es permeti a l'afectat que **marqui una casella clarament visible** i que no estigui ja marcada en el document que se li lliuri per a la subscripció del contracte o s'estableixi un procediment equivalent que li permeti manifestar la seva negativa al tractament."*

D'aquesta manera, el consentiment que caldria sol·licitar per a la cessió de dades a terceres empreses, hauria de ser exprés, i no tàcit.

És clar que el consentiment en relació amb el tractament per part de l'entitat, si escau, i el consentiment requerit per a cedir dades, no és de la mateixa naturalesa, i per tant no es poden unificar els dos consentiments i considerar-los indistintament.

Per tot això no es considera ajustat a la normativa de protecció de dades sol·licitar en la mateixa clàusula un consentiment de forma generalitzada o indistinta, indicant que el consentiment de l'usuari s'aplica tant a l'entitat com a totes les empreses que s'hagin afegit o que es vagin afegint en el projecte. Una clàusula plantejada en aquests termes impediria l'exercici de voluntat d'aquest usuari a l'hora de decidir relacionar-se amb terceres empreses a efectes de gaudir de determinats descomptes, i en conseqüència impossibilitaria el control de l'usuari respecte el tractament que els cessionaris podrien fer de les seves dades.

Des de la perspectiva de la protecció de dades, en la clàusula de sol·licitud de consentiment en els termes apuntats en la consulta, caldria informar els usuaris que les seves dades es recullen per tal que l'entitat efectui determinat descompte i, de forma diferenciada, caldria sol·licitar el consentiment per a cedir les dades a terceres empreses. L'usuari ha de poder distingir, en definitiva, la relació principal que estableix amb l'entitat, de la relació que, si així ho decideix voluntàriament, pot establir amb terceres empreses i distingir el tractament de dades que se'n deriva.

V

La pregunta A), que tractarem a continuació, planteja el següent: Quan s'incorpori una nova empresa, abans de cedir-li les dades, s'ha de comunicar a tots els usuaris registrats? En cas afirmatiu, la comunicació es pot fer mitjançant correu electrònic? És necessari que l'entitat rebi el justificant de recepció per part dels usuaris per tenir constància de la comunicació?

Ja hem fet referència a que l'entitat ha de demanar el consentiment per a cedir les dades a terceres empreses, en atenció al que disposa l'article 11 de la LOPD.

Respecte a si el consentiment s'ha de demanar respecte cada nova empresa que es vagi incorporant al projecte, això no seria necessari si, com veurem a continuació, la informació exigida per l'article 5 de la LOPD és suficientment completa.

El deure d'informació es troba previst en l'article 5 de la LOPD, i només queda excepcionalment en determinats casos que no concorren en el supòsit que ens ocupa (article 24 de la LOPD, al qual ens remetem).

L'article 5 de la LOPD disposa que:

"1. Els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

*a) De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels **destinatariis de la informació**.*

b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.

c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.

d) De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.

e) De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.

(...)

2. Quan s'utilitzin qüestionaris o altres impresos per a la recollida, han de figurar-hi, de manera clarament llegible, les advertències a què es refereix l'apartat anterior.

(...)

3. No és necessària la informació a què es refereixen les lletres b), c) i d) de l'apartat 1 si el contingut de la informació es dedueix clarament de la naturalesa de les dades personals que se sol·liciten o de les circumstàncies en què es recullen."

D'entrada, és clar que, a banda d'incloure en la clàusula a què fa referència la consulta (la "clàusula informativa" que exigeix l'article 5 de la LOPD), informació sobre la finalitat del tractament de les dades, l'exercici dels drets ARCO i la raó social de les empreses que adopten els descomptes (que serien els "destinatariis de la informació" a què fa referència l'article 5.a) de la LOPD), caldria incloure altra informació, com ara la relativa a l'existència del fitxer corresponent.

Més enllà d'aquesta precisió, hem d'aprofundir en la referència que l'article 5.1.a) citat, fa dels "destinatariis de la informació".

Aquest article no aclareix si, en el cas que ens ocupa, caldria enumerar tots i cadascun dels destinatariis (les empreses que efectuaran descomptes als usuaris), o bé si es podria considerar ajustada a la normativa de protecció de dades una informació més general.

La Directiva 95/46/CE, citada, disposa que el responsable del tractament ha de comunicar a la persona de qui es recullin les dades, "com a mínim", una sèrie d'informacions, entre d'altres, i als efectes que ara ens ocupen, la relativa als "destinatariis o les categories dels destinatariis de les dades" (article 10). Per tant, sembla que la Directiva considera admissible informar de les "categories" de destinatariis (en el nostre cas, empreses que s'adhereixen al projecte i per tant podran efectuar descomptes als usuaris), sense que sigui imprescindible informar de tots i cadascun dels destinatariis.

Cal recordar però que la jurisprudència ha interpretat que una menció general o inconcreta als destinatariis, per exemple, "a les empreses d'un grup determinat", pot no ser suficient, als efectes de l'article 5 de la LOPD, si a més la informació sobre la finalitat tampoc no és prou concreta (a tall d'exemple, la SAN de 21 d'abril de 2004).

A *sensu contrari*, i més tenint en compte l'article 10 de la Directiva, podem entendre que, si la clàusula informativa explica suficientment quina és la finalitat per a la qual es

tractaran les dades (en aquest cas, únicament per poder gestionar un descompte per part de l'entitat i, si així ho vol l'interessat, per part d'altres empreses), podria ser suficient informar sobre la categoria d'empreses a qui es podrà comunicar les dades.

Per bé que la menció de tots i cadascun dels destinataris sembla, en principi, el més convenient a fi i efecte de donar al titular de les dades la informació més completa possible, en el cas que ens ocupa no resulta problemàtic, des de la perspectiva de la protecció de dades, que la clàusula informativa inclogui informació general sobre les categories de destinataris (les empreses del sector d'autopistes que s'adhereixin al projecte per tal d'efectuar descomptes als usuaris).

Això, sempre que la informació sobre la finalitat sigui prou clara. Recordem en aquest sentit que segons disposa l'article 11.3 de la LOPD:

“És nul el consentiment per a la comunicació de les dades de caràcter personal a un tercer quan la informació que es proporioni a l'interessat no li permeti conèixer la finalitat a què destinen les dades la comunicació de les quals s'autoritza o el tipus d'activitat del receptor de la comunicació.”

I que, segons disposa l'article 12.2 del RLOPD:

“Quan se sol·liciti el consentiment de l'afectat per a la cessió de les seves dades, ha de ser informat de manera que conegui inequívocament la finalitat a què es destinen les dades respecte de la comunicació de les quals se sol·licita el consentiment i el tipus d'activitat que porta a terme el cessionari. En cas contrari, el consentiment és nul.”

Si al formulari s'explica adequadament que la finalitat de comunicar les dades és possibilitar que altres empreses facin el corresponent descompte a l'usuari, i a més, s'informa sobre “el tipus d'activitat” d'aquestes altres empreses, l'usuari pot fer-se una idea clara de les conseqüències de prestar el seu consentiment, de manera que el consentiment per a la cessió resultaria suficient, ja que s'hauria donat prèviament una informació suficient i adequada. Un mitjà d'informació adequat podria ser que en el formulari s'indiqués a l'usuari on es pot consultar la llista de les empreses que s'adhereixen al projecte.

Si la informació sobre les empreses cessionàries de les dades personals es troba suficientment actualitzada en la pàgina web de l'entitat, de manera que es compleix adequadament amb el deure d'informació l'article 5 de la LOPD, no seria necessari que la clàusula de recollida del consentiment per a la cessió a les empreses, enumeri totes i cadascuna d'aquestes empreses, a mesura que aquestes es van incorporant al projecte. D'aquesta manera, una clàusula de recollida del consentiment que autoritzés a l'entitat a comunicar les dades tant a les empreses que ja s'han incorporat al projecte com a les que s'hi incorporaran futurament, seria adequada, des de la perspectiva de la protecció de dades, sense que sigui necessari recollir un consentiment nou i diferent per a cada empresa que s'incorpora al projecte.

Per tot això, contestant a la pregunta A), quan s'incorpori una nova empresa no caldria fer una comunicació a tots els usuaris registrats (ni, lògicament, seria necessari rebre justificants de recepció), sempre que la informació en conjunt es doni en els termes apuntats (concreció suficient de la finalitat del tractament, del tipus d'activitat de les empreses, i actualització del llistat d'empreses en la pàgina web de l'entitat).

En la pregunta A), també es planteja si, en cas que s'hagi de fer una comunicació als usuaris abans de cedir dades a noves empreses, la comunicació es pot fer mitjançant

correu electrònic, i també si és necessari que l'entitat rebi el justificant de recepció per part del usuari per tenir constància de la comunicació.

Al respecte, per tal d'assegurar que l'usuari i titular de les dades personals ha llegit la clàusula en què es sol·licita el seu consentiment per a comunicar les dades a tercers empreses, així com la informació que exigeix l'article 5 de la LOPD en els termes apuntats, caldria preveure algun sistema a través del qual l'usuari no pugui emplenar el formulari i tramitar la seva sol·licitud sense haver llegit la corresponent clàusula.

De fet la pròpia consulta ja explica que, *“abans que l'usuari validi les dades, podrà llegir una clàusula referent a la LOPD (...)”*. Per tant, per la informació de què es disposa sembla que es preveu articular un sistema, en la pàgina web de l'entitat, que assegurï que l'usuari ha estat correctament informat sobre el tractament de les seves dades abans de completar el procés de recollida de dades. Seria aconsellable que l'usuari no només pugui llegir la informació, sinó que no es permeti la finalització del procés citat sense que hagi acceptat les condicions del tractament.

Recordem que segons l'article 12.3 del RLOPD, citat, correspon al responsable del tractament la prova de l'existència del consentiment de l'afectat per qualsevol mitjà de prova admissible en dret.

Això s'ha de completar amb el que es deriva de la Sentència del Tribunal Suprem, de 15 de juliol de 2010 (recurs 23/2008). L'article 18 del RLOPD, en relació amb l'acreditació del compliment del deure d'informació, disposava que aquest s'ha de portar a terme a través d'un mitjà que permeti acreditar-ne el compliment, i s'ha de conservar mentre persisteixi el tractament de les dades de l'afectat. Aquest article, que va ser declarat nul per la STS citada (veure Fonament Jurídic Novè), instaurava per al responsable del fitxer la obligació de facilitar la informació de l'article 5 de la LOPD amb un mitjà que permetés acreditar-ne el compliment així com l'obligació de conservar el suport a través del qual s'haguessin recollit les dades.

El que aquest article 18 introduïa, no era en realitat cap novetat, atès que abans de l'aprovació del RLOPD els responsables del tractament ja tenien la càrrega de provar que havien complert amb aquest deure. Certament a la LOPD la necessitat de conservar el mitjà que acredités el compliment no es planteja com una obligació o un deure, sinó com una càrrega. Però les conseqüències atribuïdes per la LOPD als supòsits en què no es pogués acreditar haver informat degudament feien recomanable guardar els suports en què constés el compliment. L'anul·lació del citat article 18 arran de la STS, comporta que la regulació sobre el deure d'informació i la seva acreditació serà la que es desprèn de la LOPD. Per tant, hi ha llibertat de forma en l'acreditació del compliment del deure d'informació sense que es pugui establir com a obligació la conservació del suport per mitjà del qual s'ha donat compliment al deure d'informació (art. 5 de la LOPD).

En conseqüència, no seria necessari fer una comunicació als usuaris mitjançant el correu electrònic, com s'apunta en la consulta, ni tampoc és necessari que l'entitat hagi de rebre el justificant de recepció per part dels usuaris per tal de tenir constància de la comunicació.

VI

Respecte la pregunta C), això és, si les empreses, quan rebin les dades cedides per l'entitat, també haurien de fer una comunicació a tots els usuaris informant-los que tenen les seves dades i on poden exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i

oposició de les dades i, en cas afirmatiu, si també haurien de rebre el justificant de recepció de tots ells, cal tenir en compte el següent.

Segons disposa l'article 5.4 de la LOPD:

“Quan les dades de caràcter personal no hagin estat recollides de l'interessat, aquest ha de ser informat de manera expressa, precisa i inequívoca, pel responsable del fitxer o pel seu representant, dins dels tres mesos següents al moment de registrar les dades, del contingut del tractament, de la procedència de les dades i del que preveuen les lletres a), d) i e) de l'apartat 1 d'aquest article, llevat que ja n'hagi estat informat anteriorment.”

Aquest epígraf seria aplicable al cas que ens ocupa, en què una empresa destinatària tractarà dades personals d'usuaris a fi i efecte d'aplicar-los determinats descomptes, però no les ha recollit directament de l'interessat, ja que les dades han estat recollides per l'entitat que formula la consulta.

En aquest cas, tenint en compte les consideracions fetes en aquest dictamen, i partint de la base, per la informació de què es disposa, que l'entitat que ha sol·licitat originàriament les dades haurà informat adequadament als usuaris en els termes de l'article 5 de la LOPD, ja no seria necessari que les empreses destinatàries informin novament sobre els extrems de l'article 5 de la LOPD.

És clar que la normativa no exigeix una comunicació a l'usuari per part del cessionari, si l'usuari ha estat informat adequadament per part del responsable.

Com ha quedat dit, en la clàusula informativa s'ha d'explicar, entre d'altres, que l'usuari té la possibilitat d'exercir els drets ARCO, i s'ha de donar l'adreça del responsable (l'entitat que formula la consulta, en el cas que ens ocupa, o si escau, del seu representant), per tal d'exercir aquests drets. Per tant, si l'entitat dóna aquesta informació, ja donarà compliment adequat al que disposa l'article 5 de la LOPD.

En el cas que l'interessat hagi d'exercir un dret davant d'alguna de les empreses a qui hagi donat consentiment perquè tractin les seves dades personals en relació amb tractaments de dades dels quals en són responsables, atès que, com ha quedat apuntat, l'entitat hauria d'incloure en la seva pàgina web la informació actualitzada sobre aquestes empreses, l'usuari tindrà la informació suficient per adreçar-s'hi i exercir aquests drets, sense que sigui necessària una nova comunicació per part de les empreses cessionàries en relació amb l'exercici dels drets ARCO.

Per tot això, en aplicació del que disposa l'article 5.4 de la LOPD, no és necessari que les empreses destinatàries de les dades hagin de fer una nova comunicació en els termes plantejats en la consulta, sempre i quan la clàusula informativa donada per l'entitat sigui adequada, en els termes apuntats. En conseqüència, no és necessari que aquestes empreses hagin de rebre justificants de recepció dels usuaris abans de procedir al tractament de les seves dades personals.

Per tot això es fan les següents,

Conclusions

Pregunta **B)**: La cessió de les dades a terceres empreses va més enllà de la finalitat del tractament de dades per part de l'entitat, i requereix el consentiment dels interessats, en aplicació del que disposa l'article 11 de la LOPD.

No es considera ajustat a la normativa de protecció de dades sol·licitar en la mateixa clàusula un consentiment per al tractament de dades per part de l'entitat i per part de terceres empreses de forma generalitzada o indistinta, sinó que cal informar els usuaris que les seves dades es recullen per tal que l'entitat efectui determinat descompte i, de forma diferenciada, sol·licitar el consentiment per a cedir les dades a terceres empreses.

Pregunta **A)**: Quan s'incorpori una nova empresa al projecte no caldrà fer una nova comunicació a tots els usuaris registrats abans de cedir les dades (ni, lògicament, serà necessari rebre justificants de recepció), sempre que la informació es doni en els termes apuntats en aquest dictamen (concreció suficient de la finalitat del tractament, del tipus d'activitat de les empreses, i actualització del llistat d'empreses en la pàgina web de l'entitat).

Pregunta **C)**: En aplicació del que disposa l'article 5.4 de la LOPD, no és necessari que les empreses destinatàries de les dades informin els usuaris en els termes plantejats en la consulta (ni, lògicament, serà necessari rebre justificants de recepció), del fet que han rebut les seves dades i sobre l'exercici de drets ARCO, sempre que la informació donada per l'entitat cedent resulti adequada a la LOPD.

Barcelona, 11 d'octubre de 2011