



¿QUIÉN ES RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN EL ENVÍO DE COMUNICACIONES COMERCIALES SIN CONSENTIMIENTO DEL DESTINATARIO REALIZADAS A TRAVÉS DE REDES DE AFILIACIÓN?*

*M^a Del Sagrario Bermúdez Ballesteros***
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 12 de mayo de 2023

I. Objeto y contextualización

La sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a) de 19 de enero de 2023 declara nula la sanción impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a una aseguradora por enviar correos electrónicos con publicidad sin consentimiento del denunciante. Tales correos se remitían a través de redes de afiliación².

El tema de fondo que se resuelve en la sentencia es: ¿quién responde del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa en materia de protección de datos cuando las comunicaciones comerciales se realizan a través de una red de afiliación?

Las redes de afiliación son plataformas que actúan como intermediarias entre los afiliados (creadores de contenido) y los anunciantes (vendedores y prestadores de servicios que quieren ser anunciados).

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1260-3867>

² Puede consultarse al respecto, GARCÍA VIDAL, Ángel, “Redes de afiliación y envío de spam”, *CESCO*, febrero 2023, publicado en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Redes_de_afiliacion_y_envio_de_spam_.pdf



En el entramado que se origina a través de este mecanismo comercial aparecen varios sujetos:

- *El anunciante* es el dueño de una marca, empresario o profesional, que ofrece productos o servicios y necesita que los afiliados den a conocer tales productos o servicios, de manera que aumente la presencia de la marca y, por supuesto, aumente la venta.
- *El afiliado* es el administrador web, blog o cuentas de redes sociales, donde afilia una marca, promocionando o recomendado la adquisición o uso de un producto o servicio, con la finalidad y objetivo de ganar una comisión por ello.
- *Y, la plataforma de afiliación* es el intermediario, que permite conectar afiliado con anunciantes, facilitando el canal de comunicación y el cumplimiento de lo acordado por ambas partes.

La cuestión que se plantea es: en caso de comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica -no directamente por el proveedor, sino a través de redes de afiliación- en los supuestos de incumplimiento de los requisitos impuestos en materia de protección de datos ¿responde la entidad anunciante, los afiliados o la plataforma intermediaria?

II. Hechos

Una entidad aseguradora (LÍNEA DIRECTA) fue sancionada por la AEPD -mediante resolución recaída en junio de 2019- por una infracción del art. 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico (LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma.

La sanción se impuso por no haberse acreditado documentalmente que el denunciante hubiera dado su consentimiento para la recepción de correos electrónicos con publicidad (*spam*) por parte de la aseguradora y, pese a ello, se constató la recepción de un email de publicidad con enlace a la web de dicha entidad para dar de alta un seguro. Tampoco constaba la existencia de una previa relación comercial con la mencionada entidad basada en el ofrecimiento de productos o servicios similares a los ofrecidos en las comunicaciones.

La aseguradora (demandante) alega no haber enviado el correo por el que ha sido sancionada, sino que la remitente del mismo fue otra empresa (LA ROCA NETWORKS), responsable del fichero con los datos de los clientes.

En este sentido, consta que la aseguradora sancionada había suscrito el 14 de marzo de 2013 un contrato con una agencia (STARCOM) que actuaba como plataforma



intermediaria entre Línea Directa y los afiliados, que se encargarían de presentar los productos y servicios de la aseguradora a cambio de una comisión en función de los resultados obtenidos.

En el mencionado contrato se insertaban las siguientes cláusulas de interés en el caso:

- i. La aseguradora no tiene acceso a los datos personales de los ficheros titularidad del administrador de la red de afiliación ni de los afiliados;
- ii. Es el afiliado el responsable del tratamiento, debiendo cumplir los deberes de información en la recogida y tratamiento de los datos conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos y/o cualquier otra normativa que sea de aplicación.
- iii. El envío de emails no deseados con contenido publicitario está prohibido y antes de enviar un email, todos los destinatarios deben haber prestado su consentimiento, lo cual tiene que acreditarse por escrito a la aseguradora.
- iv. Los anunciantes no tienen ningún tipo de vínculo o relación con los usuarios y desconocen cuáles de dichos usuarios serán a los que el soporte remita comunicaciones comerciales.

En el entramado negocial originado en el caso, el papel de las distintas entidades es: (1) El anunciante es LÍNEA ASEGURADORA, (2) El afiliado es LA ROCA NETWORKS y (3) La plataforma intermediaria es STARCOM.

III. Marco jurídico

1. En el ámbito de la LSSI

La LSSI prohíbe con carácter general las comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas (art. 21.1 LSSI³).

La prohibición se excluye cuando exista una relación contractual previa, siempre que (i) el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y (ii) los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o

³ Redacción del art. 21 LSSI dada por la Disposición adicional primera, apartado número uno de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que transpone la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).



servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente (art. 21.2.I LSSI).

En todo caso, se obliga al prestador a ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija (art. 21.2.II LSSI).

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

El artículo 38.4.d) de la LSSI, tipifica como infracción leve: "*El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave*".

2. En el ámbito del RGPD

El art. 4.11) RGPD define el “consentimiento del interesado” como “*toda manifestación de voluntad, libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*”.

Por otro, el art. 6.1.a) RGPD establece, en cuanto a la “Licitud del tratamiento”, que: “*1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) El interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos*”.

A su vez, el art. 7.1 RGPD determina, respecto a las “Condiciones para el consentimiento”, que: “*1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.*

2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el



consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato".

IV. Fallo

La Audiencia concluye que no fue la aseguradora quien cometió la infracción en materia de protección de datos siendo el afiliado (LA ROCA NETWORKS), administrador de la red, quien envió el correo publicitario al denunciante y es, por tanto, dicha entidad la que tenía que haber recabado el consentimiento para el tratamiento de los datos personales.

En definitiva, la Audiencia anula la sanción impuesta a Línea Aseguradora, declarando que *“a tenor de lo expuesto, no cabe apreciar ninguna infracción en materia de protección de datos por parte de la sociedad recurrente, habiendo enviado la entidad La Roca Networks, S.L., el correo publicitario al denunciante, y es dicha entidad la que tenía que haber recabado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales”*.

V. Conclusiones

1. En los casos de envío de comunicaciones comerciales a través de una red de afiliación es el afiliado el responsable del tratamiento de los datos personales.
2. Los presupuestos que legitimarían el envío de comunicaciones comerciales son:
 - El consentimiento explícito del interesado (destinatario de la comunicación comercial) para tal fin (envío de la comunicación comercial) (art. 6.1.a) RGPD).
 - El interés legítimo del responsable del tratamiento (el remitente de la comunicación) basado en una relación contractual previa (art. 21.1 LSSI).
3. Corresponde al afiliado, como responsable del tratamiento de datos personales, recabar y acreditar documentalmente el consentimiento del destinatario para el envío de las referidas comunicaciones comerciales.