

Transferencia de encargado a encargado. Informe 518/2006

La consulta plantea la conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, del supuesto descrito en la misma, en cuya virtud la consultante, que presta servicios de “almacenaje, custodia y archivo de documentación de otras compañías”, pretende la subcontratación del servicio consistente en la indexación de la documentación con una empresa del mismo grupo ubicada en un país que no ofrece un nivel adecuado de protección, siendo éste un país que no ofrece un nivel de protección de datos equiparable al establecido en la Ley Orgánica 15/1999, a los efectos previstos en su artículo 33.

Se indica en la consulta que el acceso será en todo caso remoto, aportándose una “cláusula de subcontratación” que sería incorporada a los contratos celebrados al amparo del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y un modelo contractual que sería celebrado entre la consultante y la filial ubicada en México, que sigue, con determinadas precisiones, el modelo establecido por la Decisión 2002/16/CE de la Comisión Europea, por el que se aprueban las cláusulas contractuales para la realización de transferencias de un responsable a un encargado del tratamiento.

Como ya indica la propia consulta, esta Agencia ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse acerca de la posible transferencia internacional de datos de encargado a encargado del tratamiento, habiendo alcanzado en diversos informes la conclusión de que si bien la subcontratación de los servicios por parte de un encargado del tratamiento resulta posible cuando el subcontratista se encuentra en territorio español, dicha subcontratación no es, sin más, posible en caso de encontrarse el subcontratista en un tercer país que no ofrece un nivel adecuado de protección para la transferencia internacional de datos, siendo preciso que el responsable sea parte en la relación jurídica y debiendo en todo caso aportarse las adecuadas garantías encaminadas a la obtención de la preceptiva autorización del Director de la Agencia, prevista en el artículo 33.1 de la Ley Orgánica 15/1999.

Ello se funda en lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE de la que es transposición de Ley Orgánica 15/1999, que parte de exigir para la realización de una transferencia internacional de datos a un país que no ofrezca un nivel adecuado de protección la aportación de garantías adecuadas por parte del responsable del tratamiento, lo que exigirá que éste sea parte a su vez en la relación jurídica en que se funda la transferencia.

Así, dispone el considerando 59 de la Exposición de Motivos de la citada Directiva que “pueden adoptarse medidas particulares para paliar la insuficiencia del nivel de protección en un tercer país, en caso de que el responsable del tratamiento ofrezca garantías adecuadas”.

Del mismo modo, el artículo 26.2 de la citada Directiva establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán autorizar una transferencia o una serie de transferencias de datos personales a un tercer país que no garantice un nivel de protección adecuado con arreglo al

apartado 2 del artículo 25, cuando el responsable del tratamiento ofrezca garantías suficientes respecto de la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los respectivos derechos; dichas garantías podrán derivarse, en particular, de cláusulas contractuales apropiadas”.

Por otra parte, no resulta posible la utilización para este supuesto de las cláusulas contenidas en la Decisión 2002/16/CE, dado el propio contenido de las mismas.

Dichas cláusulas pueden, según el considerando 6 de la Exposición de Motivos de la decisión “ser utilizadas por un responsable del tratamiento” para “ofrecer garantías suficientes” en caso de transferencia a un encargado del tratamiento. Además, el considerando 14 prevé que el importador tratará los datos “sólo en nombre del exportador de datos y de conformidad con las instrucciones que reciba y las obligaciones impuestas en las cláusulas”, añadiendo el considerando 16 que el interesado podrá “emprender acciones y, en su caso, percibir una indemnización del exportador de datos que sea el responsable del tratamiento de los datos personales transferidos” y sólo excepcionalmente del importador.

Así, la cláusula 3 del modelo previsto define al exportador de datos como “el responsable del tratamiento que transfiera los datos personales”. Igualmente, señala la cláusula 4 que el exportador deberá declarar que ha dado al importador y dará durante la prestación “instrucciones para que el tratamiento de los datos transferidos se lleve a cabo exclusivamente en nombre del exportador de datos.

Por último, y siguiendo con el modelo de responsabilidad ya descrito, se señala que los interesados que hayan sufrido daños como resultado de un incumplimiento tendrán derecho a percibir una compensación del exportador de datos por el daño sufrido, respondiendo el importador únicamente “en caso que el interesado no pueda interponer contra el exportador de datos la acción por haber desaparecido de facto, cesado de existir jurídicamente o ser insolvente”.

En consecuencia, el responsable del tratamiento deberá siempre formar parte de la relación jurídica que implica la transferencia internacional de datos a un encargado o “subencargado” del tratamiento, debiendo aportar directamente las garantías adecuadas para obtener la autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos. Además, deberá ser el responsable quien solicite esa autorización, respondiendo en caso de incumplimiento de las cláusulas, lo que no es posible salvo si el mismo es parte en la relación contractual en que pretende fundarse la transferencia internacional de datos.

Tomando este hecho en consideración, esta Agencia ha considerado que sería posible la transferencia siempre que el responsable forme parte de la relación jurídica, lo que sería posible en los siguientes supuestos:

- Celebración de un contrato amparado por la Decisión 2002/16/CE entre el encargado del tratamiento, actuando en

nombre y por cuenta del responsable que le hubiese otorgado poder a tal efecto, y el subcontratista (informe de 4 de julio de 2005).

- Celebración de un contrato entre el responsable del tratamiento y el encargado, amparado por las cláusulas previstas en la Decisión 2002/16/CE, actuando el encargado en nombre y por cuenta del subcontratista, habiéndosele otorgado poder suficiente para ello (informe de 25 de abril de 2006).
- Adhesión por el subcontratista a las cláusulas celebradas entre el responsable y el encargado del tratamiento, mediante un instrumento específico, firmado por las tres partes, en que el subcontratista se compromete, específicamente, al cumplimiento de las cláusulas contenidas en la Decisión 2002/16/CE (Resolución de autorización de transferencia internacional de datos de 29 de noviembre de 2006).

De este modo, la solución propuesta en la consulta debería completarse con la participación directa del responsable en la relación jurídica que implica efectivamente la transferencia internacional de datos, no bastando su mera referencia en el contrato principal con el encargado del tratamiento, sin que las obligaciones de responsable se reflejen o puedan ser asumidas y exigibles en relación con la subcontratación del servicio.

Al propio tiempo, el modelo descrito no resultaría tampoco adecuado desde la aplicación de la legislación interna de protección de datos, dado el tenor del documento 1 adjunto a la consulta.

Según dicho documento, se informa al responsable del tratamiento, “en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999” del tratamiento de los datos por la encargada del tratamiento y su transferencia a la empresa ubicada fuera del territorio español.

Sin embargo, el artículo 5 tiene por objeto la información al afectado cuyos datos son objeto del tratamiento de la existencia del mismo y de los restantes extremos descritos por dicho precepto, pero en el presente caso, por el contrario, la información sería facilitada al cliente (responsable del fichero) y no al afectado.

A mayor abundamiento, la transmisión de los datos a un encargado del tratamiento no precisa el consentimiento del afectado ni la información al mismo acerca de dicha transmisión, dado que ésta no es considerada cesión de datos por el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 15/1999 ni el encargado del tratamiento puede ser considerado “destinatario” de los datos a los efectos previstos en el artículo 5.1 a) de la Ley Orgánica 15/1999.

A la vista de todo ello, cabe concluir lo siguiente:

- Será precisa la autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos para la transferencia internacional de los datos a una empresa ubicada en un país que no ofrece un nivel adecuado de protección, tal y como exige el artículo 33.1 de la Ley Orgánica 15/1999.
- El modelo descrito en la consulta no puede considerarse suficiente, por cuanto será preciso que el responsable del fichero, que habrá de solicitar la autorización del Director de la Agencia y aportar las adecuadas garantías, sea parte en la relación jurídica que fundamente la transferencia.