

La consulta plantea, si resulta conforme con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre que lo desarrolla, la posibilidad de prestar servicios de hosting, alojando los datos en servidores de Estados Unidos.

Del tenor de la consulta se desprende que los datos alojados en los servidores de Estados Unidos, los efectúan las empresas subcontratadas por el prestador de servicios en España, esto es un subcontratado del encargado del tratamiento.

Tal y como se señala en la consulta, la subcontratación por parte del encargado del tratamiento está actualmente regulada en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre en el artículo 21 que señala lo siguiente “Artículo 21. Posibilidad de subcontratación de los servicios.

1. El encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En este caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, será posible la subcontratación sin necesidad de autorización siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar.

Cuando no se identificase en el contrato la empresa con la que se vaya a subcontratar, será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación.

b) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.

c) Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato, en los términos previstos en el artículo anterior.



En este caso, el subcontratista será considerado encargado del tratamiento, siéndole de aplicación lo previsto en el artículo 20.3 de este reglamento.

3. Si durante la prestación del servicio resultase necesario subcontratar una parte del mismo y dicha circunstancia no hubiera sido prevista en el contrato, deberán someterse al responsable del tratamiento los extremos señalados en el apartado anterior.”

A continuación pasaremos a centrarnos en la cuestiones planteadas. En primer lugar la consultante alude al supuesto en el que el responsable del fichero, autoriza u otorga representación bastante al encargado de tratamiento para que éste a su vez pueda subcontrata el servicio de hosting. Este supuesto es el que se prevé en el informe emitido por la Agencia el 19 de diciembre de 2006 en el que se señala lo siguiente:

*“Sin embargo, también 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 parece ajustarse a lo señalado anteriormente ya que existe 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 primer encargado del tratamiento, sin que las obligaciones de responsable se reflejen o puedan ser asumidas y exigibles en relación con la subcontratación del servicio.

En segundo lugar, se plantea la posibilidad para actuar de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, obteniendo el consentimiento expreso del responsable del fichero para poder entender que concurre alguna de las excepciones previstas en el artículo 34 de la citada Ley. Sin embargo obtener el consentimiento expreso del responsable no constituye ninguna de las excepciones del artículo 34, sería válido y no sería necesario obtener autorización del Director cuando se haya obtenido consentimiento del afectado, esto es, el consentimiento de todos los afectados cuyos datos se transfieran.

Por tanto al no resultar aplicable dicha excepción es necesario obtener la autorización del Director, para efectuar la transferencia.

Por último se plantea si es necesario identificar la empresa que presta el servicio de hosting y el lugar en el que ésta está instalada. La identificación de la empresa es necesario, pues tratándose de empresas que estén adheridas a “safe harbour” no será necesario obtener autorización del Director para la transferencia, bastará con notificarla al Registro General de Protección de Datos. Este criterio se recoge en el artículo 68 del Reglamento que determina lo siguiente “No será necesaria la autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos para la realización de una transferencia internacional de datos que tuvieran por importador una persona o entidad, pública o privada, situada en el territorio de un Estado respecto del que se haya declarado por la Comisión Europea la existencia de un nivel adecuado de protección.”

Finalmente, a lo largo de la consulta se alude a empresas que cumpla con los criterios de safe harbour, sólo las empresas que están formalmente adheridas a puerto seguro y que aparecen recogidas en la página web <http://web.ita.doc.gov/safeharbor/shlist.nsf/webPages/safe+harbor+list>, tendrán la consideración de empresas adheridas a puerto seguro, y por ello, no necesitarán autorización del Director de la Agencia para efectuar la transferencia dado que la Comisión Europea ha declarado que tienen nivel adecuado de protección, debiendo sólo notificar la transferencia al Registro General de Protección de Datos.