

Transferencias Internacionales de datos para la realización de un tratamiento por cuenta del responsable del fichero - Año 2001

Varias han sido las ocasiones en que se han dirigido consultas a la Agencia por parte de empresas españolas que, formando parte de un grupo empresarial multinacional y con ocasión de procesos de reorganización en los mismos a nivel internacional, pretenden efectuar transferencias internacionales de datos, que en ocasiones obedecen a la centralización de procesos de gestión y en otras a simples supuestos de utilización compartida de recursos por filiales de distintos países, al hilo de las posibilidades brindadas por las nuevas tecnologías.

Entre la variada casuística que se ha analizado, cabe distinguir básicamente dos supuestos, aquellos en que se está en presencia de transferencias internacionales que implican auténticas cesiones de datos, de aquellos otros en que la transferencia se efectúa para el tratamiento de los datos por cuenta de terceros., aunque en ambos supuestos, conforme a la LOPD se trataría de transferencias internacionales.

Dichas transferencias internacionales estas se regulan en los artículos 33 y 34 de la LOPD, y se definen por la Norma Primera de la instrucción 1/2000 de 1 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los Movimientos Internacionales de Datos como "Toda transmisión de los mismos fuera del territorio español. En particular, se consideran como tales las que constituyan una cesión o comunicación de datos y las que tengan por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable de fichero".

Debe señalarse que dicha Instrucción ha fijado los criterios orientativos seguidos por la Agencia Española de Protección de Datos en la materia, aclarando a los interesados el procedimiento a seguir para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la normativa reguladora de la materia.

Entrando ya a analizar la naturaleza de los supuestos planteados, se ha considerado que la transferencia internacional implicaba cesión de datos en un supuesto en que se remitían los datos del personal de una empresa española a su empresa matriz, situada en otro estado europeo, que iba a centralizar la gestión de recursos humanos de todas las filiales europeas del grupo, al considerarse que dicha comunicación de datos tenía por objeto la integración de los mismos en un nuevo fichero o su sujeción a un nuevo tratamiento, existiendo un poder de decisión autónomo del cesionario sobre dichos datos que configuraba al mismo como auténtico responsable del mismo.

Conforme al régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos efectuadas desde España, con carácter general las mismas están sometidas a la previa autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos cuando la misma se vaya a efectuar a países que no proporcionan un nivel de protección equivalente al de la Ley Orgánica 15/1999.

El artículo 34 de la Ley Orgánica excluye de tal requisito determinados supuestos, entre los que figuran el que la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.

La no aplicación del régimen de autorización previa del artículo 33 de la Ley Orgánica en modo alguno exime del cumplimiento de los requisitos y obligaciones legales propias de las cesiones o comunicaciones de datos, comenzando con que la misma se efectúe a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario, y siguiendo con la necesidad de que la misma cuente con el previo consentimiento del interesado, otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar (artículo 11. 3), salvo que se trate de alguno de los supuestos en que legalmente esta excepcionado dicho consentimiento (artículo 11. 2).

A lo anterior no afecta que la cesión se efectúe entre sociedades integradas en un mismo grupo empresarial, al estarse en presencia de una entidad jurídicamente diferente de aquella a la que los interesados cedieron los datos (aspecto que concurría en el supuesto examinado, donde existían diversas sociedades con distintas personalidades jurídicas), siendo indiscutible que concurre el presupuesto establecido en el artículo 3 i) de la LOPD.

Por otro lado, una vez efectuada la cesión, será preciso que se comunique la misma a la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto 1332/94, de 20 de junio, por el que se desarrollan algunos preceptos de la Ley Orgánica, en el que se establece en cuanto a la notificación de ficheros de titularidad privada a la Agencia Española de Protección de Datos, que la misma deberá especificar "Las transferencias temporales o definitivas que se prevean realizar a otros países, con expresión de los mismos".

El artículo 8 por su parte de la misma norma especifica que "cualquier modificación posterior en el contenido de los extremos a que se refiere el artículo 6 del presente Real Decreto se comunicará, a efectos de inscripción, en su caso, a la Agencia Española de Protección de Datos, dentro del mes siguiente a la fecha en que aquella se hubiera producido". Por tanto, en el supuesto de una transferencia internacional no comunicada en la notificación inicial del fichero al Registro General de la APD, será de aplicación el precepto y plazo indicado para efectuarla.

Distinto del anterior, fue el supuesto de una empresa que forma parte de un grupo multinacional con presencia en 120 países, el cual, en el ámbito europeo, estaba implantando una centralización del sistema informático en una ciudad europea, donde iban a ubicarse físicamente los servidores y ficheros de todas las filiales europeas. La empresa española grabaría en dicho fichero radicado en ese país europeo los datos de todos sus clientes, accediendo a la

información allí almacenada y con la que trabajaría por medio de una conexión telemática a través de líneas privadas y no compartidas.

Se consideró en ese supuesto que el responsable del fichero o tratamiento, en el sentido del artículo 3 d) que lo define como "Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento", sería la empresa española, mientras que la empresa radicada en un estado comunitario se configura como encargado de tratamiento, en el sentido del apartado g) del mismo artículo que lo define 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 fichero", dado que el acceso a los datos que se describe, con la única función de almacenamiento o custodia, no es sino la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

La figura del encargado del tratamiento se encuentra regulada en el artículo 12 de la LOPD, que establece: "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".

En cuanto a los requisitos que exige la LOPD en dicho artículo 12 para la prestación de tales servicios por un encargado de tratamiento, deben considerarse los siguientes aspectos:

En primer lugar, es preciso que el acceso a los datos por el tercero se efectúe con la exclusiva finalidad de prestar un servicio al responsable del fichero, y que dicha relación de servicios se encuentre contractualmente establecida. En lo que atañe a los requisitos formales de este tipo de contratos, el artículo 12.2 impone que "la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, 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".

Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece que "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", habiendo desaparecido la posibilidad de conservar los datos durante un periodo máximo de cinco años, que preveía el artículo 27.2 de la LORTAD.

En lo referente a una eventual subcontratación por el encargado del tratamiento con un tercero que implicase una transmisión a éste de los datos en cuestión, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no tiene encaje dicha posibilidad en la regulación del supuesto del encargado del tratamiento, según la cual, los datos habrán de ser entregados por éste única y exclusivamente al responsable del fichero sin que le quepa la posibilidad de hacerlo a un tercero.

Ello impide, y ello constituye un criterio claro de la APD, la posibilidad de proceder a una subcontratación de este tipo de servicios por parte del encargado del tratamiento, debiendo siempre el responsable ser parte en la relación jurídica, ya que cualquier transmisión de los datos a una terminal que no corresponda al responsable del fichero habrá de ser considerada cesión. Este criterio se ha plasmado en la ya citada Instrucción 1/2000 de la APD, en cuya Norma sexta, apartado segundo, se indica:

"La receptora no podrá comunicar los datos ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En consecuencia, si la transmitente deseara que por parte de varias entidades distintas, situadas fuera del territorio español, se presten servicios de tratamiento, en los términos a que se refiere el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, deberá contratar dichos servicios con cada una de las entidades, no siendo posible que la destinataria subcontrate esta segunda actividad con otra empresa, a menos que actúe en nombre y por cuenta del responsable del fichero".

Finalmente, conforme al apartado tercero de la Norma sexta de la Instrucción 1/2000, "en caso de que la transferencia efectuada a un encargado del tratamiento se dirija a un destinatario situado en un Estado no miembro de la Unión Europea respecto del que no se haya declarado la existencia de un nivel adecuado de protección o que no pertenezca al Espacio Económico Europeo, en el contrato deberán constar cautelas semejantes a las indicadas en la Norma Quinta en lo referente al régimen sancionador y de indemnización a los interesados, así como en lo relativo a las potestades de la Agencia Española de Protección de Datos, para el caso en que la destinataria emplee los datos para otra finalidad distinta de la que motivó la transferencia, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato".