

## **Prestación de servicios de consulta telefónica. Informe 190/2007**

La consulta plantea determinadas cuestiones relacionadas con la prestación de un determinado servicio de consulta telefónica en un país que no ofrece un nivel adecuado de protección. Para ello se plantea la posibilidad de que una determinada compañía responsable del fichero celebre con la consultante un contrato, en que, según se indica, se diferenciarán dos partes:

- Una primera referida a la prestación por la consultante de servicios a la responsable del fichero en condición de encargada del tratamiento, actuando en el contrato la consultante en su propio nombre y derecho.
- Una segunda en que la consultante actuará en representación de la filial del Grupo ubicada en un país que no ofrece un nivel adecuado de protección en la que se preverá la prestación de servicios por dicha filial en condición de encargada del tratamiento para el ya citado responsable, incorporando al contrato las cláusulas establecidas en la Decisión 2002/16/CE, de la Comisión Europea, por la que se regulan las cláusulas contractuales tipo para la transferencia internacional de datos de un responsable a un encargado del tratamiento.

## **II**

Planteada así la consulta, la cuestión a analizar es continuación de la resuelta por esta Agencia en informe de 4 de julio de 2005, en que se analizaba la posibilidad de subcontratación de los servicios y la transferencia internacional de datos basada en la existencia de un contrato entre la consultante y la filial del Grupo.

En dicho informe se señalaba lo siguiente:

*“(...) en cuanto a la posibilidad de que el encargado del tratamiento pueda subcontratar los servicios de un segundo encargado, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999 establece que en las estipulaciones del contrato debería hacerse constar que el encargado del tratamiento no comunicará los datos, “ni siquiera para su conservación, a otras personas”.*

*El fundamento de dicha previsión se deriva directamente de la propia naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, si dicho derecho consiste, según indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en un poder de disposición del afectado sobre la información que le concierne, resulta lógico que, habiendo autorizado (o habiendo previsto la Ley) que los datos puedan ser objeto de tratamiento por parte de un determinado responsable, será preciso que dicho responsable conozca en cada momento que terceras entidades acceden a dichos datos,*

*siempre en su nombre, a fin de garantizar al interesado que los datos de los que el mismo es titular no excedan del control de aquella entidad cuyo tratamiento ha sido aceptado por aquél.*

*Si se estableciera la posibilidad de subcontratar sucesivamente dicho tratamiento sin conocimiento del responsable, éste carecería de conocimiento para poder atender cualquier reclamación efectuada por el afectado e incluso para conocer quién accede en cada momento a los datos de carácter personal cuyo tratamiento ha sido consentido por el interesado.*

*Teniendo en cuenta la fundamentación anteriormente citada, sí sería posible la transmisión de los datos a un tercer subcontratista en caso de que el responsable pudiera conocer específicamente esta circunstancia. Ello se lograría bien mediante su participación directa en el contrato con el tercero, bien encomendando un apoderamiento a tal efecto al encargado del tratamiento, bien haciéndose constar expresamente en el contrato firmado entre el responsable y el encargado la propia circunstancia de la subcontratación.*

*Así lo ha declarado esta Agencia Española de Protección de Datos en las Recomendaciones referentes al Plan de Inspección de Oficio a las empresas participantes en la elaboración de los Censos de Población y Viviendas del año 2001, de fecha 17 de julio de 2003, que se encuentran publicadas en el sitio web de la propia Agencia.*

*En particular, en el apartado referente al acceso a los datos por cuenta de terceros se indica lo siguiente:*

*“Por otro lado, de preverse o producirse por parte del prestador de un servicio una subcontratación que implique tratamiento de datos personales deberá reflejarse en el contrato los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos haciendo constar expresamente, además de las prescripciones del citado artículo 12 que, o bien el contratista del servicio actúa en nombre y por cuenta del responsable del fichero o tratamiento o, alternativamente, se especifiquen los siguientes requisitos acumulativos, que deberán figurar en el contrato:*

- a) Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.*
- b) Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.*
- c) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.”*

*En consecuencia, la subcontratación de terceras entidades encargadas del tratamiento será posible siempre y cuando o bien el contratista del servicio actúe en nombre y por cuenta del responsable del fichero o tratamiento o, alternativamente, se especifiquen los requisitos que se acaban de indicar.*

*En el supuesto planteado, de los términos de la consulta parece desprenderse que el contrato celebrado por la consultante con el responsable del tratamiento incluirá los tres requisitos que acabamos de exponer, por lo que, desde el punto de vista meramente interno, la subcontratación sería posible.*

*Admitida ya, de modo genérico, la posibilidad de subcontratación de los servicios de tratamiento, siempre y cuando se den los requisitos exigidos en el apartado anterior de este informe, debe analizarse ahora si dicha subcontratación sería posible cuando la misma constituyese una transferencia internacional de datos a un tercer Estado que no ofrece un nivel adecuado de protección.*

*El problema se plantea, precisamente, por el hecho de que la subcontratación implica una transferencia internacional de datos, dado que los instrumentos actualmente existentes no prevén la posibilidad de que las cláusulas contractuales mediante las que se adopten las adecuadas garantías de protección de datos que permitan la autorización de la transferencia internacional puedan vincular directamente a dos encargados del tratamiento.*

*Así, los supuestos planteados en la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de esta Agencia Española de Protección de Datos únicamente se refieren al supuesto en que la transferencia sea realizada por un responsable del tratamiento, bien a otro responsable, bien a un encargado.*

*Del mismo modo, la Comisión Europea únicamente ha adoptado Decisiones en las que una parte del contrato sea el responsable del tratamiento, efectuándose la transferencia bien a un responsable (Decisiones 2001/497/CE, de 15 de Junio de 2001, y 2004/915/CE, de 27 de diciembre de 2004), bien a un encargado del tratamiento (Decisión 2002/16/CE, ya citada).*

*Centrándonos en ésta última, el hecho de que una de las partes en el contrato sea el responsable del fichero resulta esencial para comprender y aplicar las garantías establecidas en el contrato que permiten obtener la debida autorización para la transferencia (en particular en las cláusulas 4 y 6), y que únicamente pueden ser efectivamente ofrecidas por el responsable del tratamiento, que establecerá los extremos del tratamiento a realizar, velará por la idoneidad del encargado del tratamiento seleccionado y responderá por el incumplimiento en que pudiera incurrir el mismo.*

*En consecuencia, la transferencia amparada en las cláusulas contenidas en la Decisión 2002/16/CE únicamente es posible en caso de que el contrato sea celebrado entre el responsable del tratamiento y el encargado ubicado en el tercer estado que no ofrezca un nivel adecuado de protección, de modo que no será posible en ningún caso que el mismo sea suscrito por dos encargados del tratamiento, ya que el encargado exportador no podría asumir las obligaciones estipuladas en el contrato sin convertirse en responsable, lo que implicaría la existencia de una previa cesión de datos al mismo, que habría de resultar conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 y desnaturalizaría la posición del propio encargado.*

*De este modo, para que la transferencia a la que se refiera la consulta pueda considerarse conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, a fin de obtener la preceptiva autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, sería necesario que en las cláusulas contractuales que se firmasen el responsable del tratamiento tuviese, en todo caso, la condición de exportador, a los efectos previstos en la Decisión 2002/16/CE.*

*En consecuencia, el modelo al que se refiere la solicitud de informe no resulta admisible dentro de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, en conexión con la Decisión 2002/16/CE, dado que la misma únicamente resulta aplicable a los supuestos en que el exportador sea responsable del tratamiento, no existiendo ningún modelo contractual que permita la autorización del Director de la Agencia a la transferencia internacional de datos con destino a Estados que no ofrezcan un nivel adecuado de protección en que tanto la parte importadora como la exportadora tengan la condición de encargadas del tratamiento.”*

### III

El supuesto entonces planteado difiere del objeto de estudio en el presente informe en el hecho de que el responsable del fichero será parte en ambas relaciones contractuales: la celebrada con la consultante y la celebrada con la entidad chilena, representada, según se indica en la consulta, por la propia consultante, siendo preciso que conste claramente el apoderamiento otorgado por la entidad del país que no ofrece ese nivel adecuado de protección a la entidad española.

De este modo, y siempre que pueda acreditarse la existencia del apoderamiento, la entidad responsable del fichero asumiría la totalidad de las responsabilidades derivadas de los incumplimientos contractuales que potencialmente pudieran producirse, en perjuicio del derecho fundamental a la protección de datos de los interesados, como consecuencia de la actuación llevada a cabo por la entidad ubicada en el extranjero.

En este sentido, ha venido siendo opinión de esta Agencia que sería posible la transferencia internacional de datos desde un encargado del tratamiento a otro siempre que el responsable del fichero fuera parte en la

relación contractual que fundamenta la transferencia, bien por celebrarse un contrato en que fueran partes el responsable y ambos encargados, bien porque el responsable apoderase al encargado para celebrar en su nombre un nuevo contrato con el segundo encargado del tratamiento.

La solución planteada complementa las ya analizadas por la Agencia, garantizando que el responsable del fichero sea parte en la relación contractual en que se funda la transferencia internacional de datos, asumiendo las responsabilidades derivadas del contrato, en los propios términos establecidos en el Anexo de la Decisión 2002/16/CE de la Comisión.

En consecuencia, la transferencia internacional de datos sería posible al amparo de lo señalado en la consulta siempre y cuando:

- Se acredite fehacientemente la representación otorgada por la compañía chilena a la consultante para la celebración del contrato con la responsable del tratamiento.
- Aparezcan claramente diferenciadas las dos relaciones derivadas del contrato y los términos en los que la consultante interviene en una y otra.
- Se habilite expresamente en el contrato entre el responsable y la consultante a ésta última para la transmisión de los datos a la entidad ubicada en un país que no ofrece un nivel adecuado de protección.
- El contrato celebrado al amparo de la Decisión 2002/16/CE reúna todos los requisitos establecidos en la citada Decisión.

#### IV

Dicho esto, la consulta se refiere a distintas circunstancias que concurren en el supuesto analizado y que podrían “beneficiar la concesión de autorización”.

Así, en primer lugar se hace referencia al hecho de que las dos empresas encargadas del tratamiento pertenecen a un mismo Grupo multinacional.

En relación con este punto, es conocida la doctrina de la Agencia Española de Protección de Datos, ratificada por la Audiencia Nacional en el sentido de considerar que la pertenencia de dos empresas a un mismo Grupo resulta irrelevante a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999. En este mismo sentido esta circunstancia en nada beneficiaría o perjudicaría a la autorización de la transferencia que habrá de basarse en la aportación de garantías adecuadas.

Quizá guardando relación con la citada referencia a las garantías, la consulta parece referirse a la posible admisión por las normas que en el futuro

desarrollen la Ley Orgánica 15/1999 a la admisión en España de las transferencias basadas en las denominadas “binding corporate rules”, objeto de estudio detallado por parte de las autoridades de protección de datos en el seno del Grupo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

Sin embargo, los documentos adoptados en relación con estas reglas (números 74, 107 y 108 del Grupo de Trabajo) exigen la adopción de una serie de requisitos que en ningún momento consta que existan en este supuesto, acerca de la obligatoriedad interna y externa de los estándares de protección de datos adoptados en el seno del Grupo, no habiéndose iniciado hasta la fecha más que un único procedimiento coordinado entre las autoridades de control para la admisión de las garantías adoptadas en el seno de un Grupo Multinacional concreto, que no coincide con el consultante.

Por último, a diferencia de lo que se indica en la consulta, el apartado 1 de la Norma Primera de la Instrucción 1/2000 de la Agencia Española de Protección de Datos sí define la transferencia internacional de datos como “toda transmisión de los mismos fuera del territorio español”, añadiendo que “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 del fichero”.

En consecuencia, el citado concepto no es meramente doctrinal, sino que deriva de una Instrucción de la Agencia actualmente en vigor, de forma que el acceso remoto a datos ubicados en España por parte del personal de una entidad situada fuera de nuestro país deberá ser considerado transferencia internacional de datos y requerirá de la autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, como ha sucedido ya en otros supuestos similares sometidos a la citada autorización.

En consecuencia, será posible la adopción de la solución planteada en la consulta, pudiendo en su caso ser autorizada la transferencia internacional si la misma cumple los requisitos señalados en el apartado III de este informe, conteniendo las cláusulas y garantías establecidas en la Decisión 2002/16/CE de la Comisión Europea.