

Subcontratación de servicio telefónico de llamadas. Informe 538/2007

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, operador de comunicaciones electrónicas, pretende la subcontratación sucesiva del servicio de atención telefónica de llamadas, emisión de llamadas y servicios de activaciones y portabilidad con diversas entidades, encontrándose la última de ellas ubicada 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.

De este modo, la entidad encargada del tratamiento subcontratará el servicio con una tercera entidad ubicada en España, que a su vez subcontratará el servicio con otra entidad ubicada en España que, finalmente lo subcontratará con la entidad ubicada en un país que no ofrece un nivel de protección.

Tal y como indica la consulta, esta Agencia se ha pronunciado acerca de la posible subcontratación de servicios en territorio español 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.

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 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 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, máxime en un supuesto como el presente en que pretenden efectuarse tres sucesivas subcontrataciones del servicio.

En consecuencia, 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.