



Informe jurídico 0134/2008

La consulta plantea si resulta necesario que los clientes de la consultante inscriban los ficheros de control de presencia de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.

Del tenor de la consulta, se desprende que la actuación llevada a cabo por la consultante a sus clientes constituye una prestación de servicios por la que se procede a instalar en las dependencias de sus clientes, unos controles de presencia respecto de sus trabajadores, por medio de unos relojes de fichar que llevan incorporados un módem para la transmisión de datos de los trabajadores.

Por tanto, podemos efectuar dos observaciones, la primera de ellas consiste en concretar que naturaleza tiene la consultante y sus clientes desde el punto de vista de protección de datos de carácter personal y posteriormente si deben o no los clientes inscribir el oportuno fichero.

Respecto de la primera de las observaciones es preciso definir la figura del responsable y el encargado del tratamiento. El artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, es responsable del fichero o tratamiento la "Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". Por su parte, según el artículo 3 g), es encargado del tratamiento "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 tratamiento".

Este mismo criterio se mantiene en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos cuya entrada en vigor se producirá a los tres meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el día 19 de enero de 2008, donde viene a definir al responsable del fichero o tratamiento en su artículo 5q) en los siguientes términos "Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente. Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados."

Y al encargado del tratamiento en el artículo 5 i) como "La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su

actuación para la prestación de un servicio. Podrán ser también encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.”

Asimismo, la doctrina emanada de la Audiencia Nacional ha permitido clarificar el alcance del concepto del encargado del tratamiento. Así, la Sentencia de 28 de septiembre de 2005 recuerda que “La diferencia entre encargado del tratamiento y cesión en algunos casos reviste cierta complejidad, pero como ha señalado esta Sección en la reciente sentencia de 12 de abril de 2005 (recurso 258/2003) lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto..... Siendo esencial para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado”.

En consecuencia, para determinar si nos encontramos en presencia de un encargado del tratamiento deberá analizarse si su actividad se encuentra limitada a la mera prestación de un servicio al responsable, sin generarse ningún vínculo entre el afectado y el supuesto encargado.

Además, obviamente, será preciso que corresponda al responsable el poder de decisión sobre la finalidad que justifica el tratamiento, de modo que si el tratamiento procede precisamente de la voluntad del encargado, aquél tendrá en todo caso la condición de responsable.

Ello sucederá si la empresa externa no puede en modo alguno decidir sobre el contenido, finalidad y uso del tratamiento y siempre que su actividad no le reporte otro beneficio que el derivado de la prestación de servicios propiamente dicha, sin utilizar los ficheros generados en modo alguno en su provecho, puesto que en ese caso pasaría a ser responsable del fichero.

En consecuencia, en el supuesto de hecho planteado en la consulta, parece deducirse que la actuación llevada a cabo por la consultante, depende de los criterios que previamente haya fijado su cliente, por lo que actúa en todo caso por cuenta de éste, en definitiva trata los datos por cuenta del responsable, que es su cliente siendo por tanto encargado del tratamiento. Dicho lo anterior, sí sería necesario que los clientes del consultante inscriban sus ficheros.

Por último, es preciso señalar que para que la consultante tenga la condición de encargado de tratamiento, es imprescindible que entre ambas partes, esto es la consultante y sus clientes se celebre un contrato que recoja lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.

En lo que atañe a los requisitos formales, 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”.

- En lo referente a la cesión de los datos, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados única y exclusivamente al responsable del fichero. La Agencia Española de Protección de Datos ha considerado que será posible la subcontratación de estos servicios siempre y cuando 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 cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la Ley Orgánica.

- Por último, según el artículo 12.4, “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice



incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo, en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen.”