

Subcontratación de un encargado del tratamiento en tercer país que no ofrece nivel adecuado de protección. Necesidad de intervención del responsable. Informe 582/2004.

La consulta plantea la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, de la situación descrita en la consulta, mediante la cual la entidad consultante, actuando como encargada del tratamiento subcontrataría la prestación de un tratamiento de datos de carácter personal a una tercera entidad subcontratista, situada en un tercer Estado que no ofrece un nivel adecuado de protección, a los efectos previstos en el artículo 33 de la Ley Orgánica 15/1999.

Según se describe en la consulta, la entidad consultante firmaría un contrato con la responsable del fichero, que contendría las menciones que en el mismo se señalan, formalizándose a continuación un contrato con la entidad subcontratista, celebrado bien por la responsable del tratamiento, bien por la consultante, actuando en nombre y por cuenta de la responsable, que contendría, además de lo exigido por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, las cláusulas establecidas en la Decisión 2002/16/CE de la Comisión Europea, de 27 de diciembre de 2001.

En todo caso, es necesario indicar que el presente informe se emite a la vista exclusivamente del contenido de la consulta, de forma que las conclusiones que en el mismo se alcancen no podrán considerarse como parecer definitivo de esta Agencia, toda vez que para que se produzca por la misma la efectiva autorización de la transferencia internacional planteada será necesario comprobar el contenido de la documentación que en su momento sea aportada, así como la verificación de las circunstancias concurrentes en la transferencia.

II

Dicho lo anterior, la respuesta a la cuestión planteada exige analizar la transmisión de datos que la misma plantea, tanto desde el aspecto de la subcontratación de servicios como desde la perspectiva de la transferencia internacional de datos que la misma implicaría, a fin de determinar si la misma resultaría en todo caso conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 33 de la Ley Orgánica 15/1999 exige, para que la transferencia a un tercer Estado que no ofrece un nivel adecuado de protección pueda ser debidamente autorizada que se hubiera observado lo dispuesto en la propia Ley, de forma que la transmisión de los datos, haciendo abstracción del hecho de que la misma suponga una transferencia internacional, habrá de respetar la Ley Orgánica del mismo modo que si la transmisión se produjera dentro del territorio español.

III

Pues bien, 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.

Pues bien, en el supuesto planteado, se indica en la consulta 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.

IV

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.

Si bien la consulta señala inicialmente que el contrato sería suscrito por la consultante, posteriormente matiza esta circunstancia, indicando que el mismo sería firmado bien por la responsable del tratamiento, bien por la consultante actuando en nombre y por cuenta de aquélla. En todo caso, se señala que el contrato incluirá lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 así como las cláusulas contenidas en la Decisión 2002/16/CE.

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 refiere 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.