



La consulta plantea, en esencia, que se determine la naturaleza jurídica de la relación que une a la consultante con los responsables del fichero o tratamiento en los servicios de intermediación financiera que el consultante presta para la promoción y comercialización de productos bancarios y financieros, específicamente sobre tarjetas de crédito de entidades bancarias; si sería encargado del tratamiento o responsable del tratamiento. La consultante, en el texto de su consulta expone detalladamente la operativa que sigue en el ejercicio de su actividad y que consiste básicamente en la prestación de unos servicios a una entidad financiera (Entidad A) para promover la contratación de tarjetas de crédito. A este fin, utiliza un fichero cuyo responsable (Entidad B) es formalmente una entidad distinta de dicha entidad financiera, pero que, añade, suele ser del mismo grupo empresarial o colaboradora de la Entidad A de manera que normalmente dicho fichero suele referirse al colectivo de clientes de la Entidad A.

Añade también la consultante que solicitó de la Dirección General de Tributos una consulta sobre la sujeción de este tipo de servicios al pago del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) que dicho organismo contestó el 9 de junio de 2016 mediante informe vinculante V2542-16.

1

Pues bien, la respuesta a la presente consulta ha de venir dada sobre la base de la actividad que efectivamente lleve a cabo el consultante y la manera en que la misma se lleve a cabo. Es decir, no cabe en el presente caso dar una respuesta general sino que la misma dependerá, caso a caso, de la manera en que el consultante desarrolle efectivamente su actividad.

I

En primer lugar hay que decir que la utilización por parte del consultante de los datos personales contenidos en un fichero de los cuales él no es responsable del mismo constituiría una cesión o comunicación de datos, tal y como queda definida ésta en el art. 3.i) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), *i) Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.*



La cesión o comunicación de datos constituye en sí misma un tratamiento de datos, y por lo tanto dicho tratamiento necesitaría del consentimiento del afectado o alternativamente de una base jurídica de las contenidas en el artículo 11 LOPD.

El art. 12.1 LOPD no obstante establece que 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.

El art. 5 i) del Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) define *“Encargado del tratamiento: 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”*.

En consecuencia, para que la consultante pueda actuar como encargado del tratamiento será necesario que a) trate datos personales por cuenta de un tercero, ya sea éste el responsable del tratamiento o el responsable del fichero, b) debe estar ligado a dicho tercero mediante una relación jurídica, y c) dicha relación jurídica determina el ámbito de su actuación, de manera el que si se extralimita en el uso de los datos de lo establecido en las instrucciones otorgadas por el responsable en dicha relación jurídica, no será el consultante considerado encargado del tratamiento, con la consecuencias que ello conlleva.

A ello cabe añadir las circunstancias expresadas en el artículo 12 LOPD, que establece que d) el contrato de encargo del tratamiento habrá de constar por escrito o en otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, e) que el encargado del tratamiento habrá de seguir –como ya se ha dicho- las instrucciones del responsable, que no aplicará o utilizará los datos con un fin distinto al establecido en dicho contrato de encargo de tratamiento, ni los comunicará a otras personas; f) el contrato habrá de estipular también las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento habrá de implementar.

Y por último el artículo 12.4 LOPD establece las consecuencias de no cumplir estos requisitos: *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.

Además, el artículo 20.1, tercer párrafo, del RLOPD puntualiza que se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado.

Por todo ello y en respuesta a la consulta cabe decir que si la relación jurídica que une a la consultante con el responsable cumple los requisitos ya mencionados establecidos en la LOPD y el RLOPD, su actuación será considerada como llevada a cabo por un encargado del tratamiento, y en consecuencia no se considerará que existe una cesión de datos respecto o del fichero proporcionado consultante para el ejercicio de su actividad.

A ello hay que añadir que dicho análisis corresponde llevarlo a cabo a la consultante habida cuenta de que si bien se detalla su operativa en la consulta, no se aporta contrato de encargo de tratamiento, y además cabe decir que ello no sería siquiera suficiente en sí mismo para realizar un análisis con una respuesta útil en toda circunstancia, habida cuenta de que no sólo es importante la existencia de un contrato escrito que recoja lo que establece la ley, sino que es igual de importante el desarrollo real de su actividad, por cuanto aunque el contrato estuviera formalmente bien redactado y contuviera todas las precauciones y limitaciones establecidas en la normativa de protección de datos, es en realidad el desarrollo diario de la operación por el consultante el que permitirá determinar si la misma se realiza sobre la base de un encargo del tratamiento, y por lo tanto al margen de la necesidad de una base jurídica para el tratamiento de los datos, o por extralimitarse en la misma habrá de tener el consultante la consideración de responsable del tratamiento y en consecuencia dejará de aplicarse la ficción legal establecida en el artículo 12.1 LOPD de que no existe comunicación de datos al encargado y sería responsable de dicha comunicación o cesión de datos si no existiera una base jurídica aplicable a dicho tratamiento o cesión.

II

Como aplicación práctica de la respuesta dada en el epígrafe anterior, cabe recordar que esta Agencia ya se ha pronunciado sobre las operaciones de telemarketing, y ha concluido que cuando los datos se utilizan no sólo para la

finalidad prevista por el responsable del tratamiento sino que se utiliza para fines propios del encargado, éste deja de ser considerado como tal y pasa a ser considerado como responsable del tratamiento.

En concreto, de la consulta se infiere expresamente que la consultante, dentro de las acciones que lleva a cabo sobre los datos personales contenidos en el fichero que utiliza para su actividad, y que pertenece a un tercero (Entidad B) según refiere, los utiliza para (I) “la medición de indicadores de actividad relativo a su trabajo que permita obtener los mejores resultados, y realizar la formación y acciones de mentoring o coaching encaminadas a mejorar las capacidades de sondeo y ejemplificación de los integrantes del equipo asignado al servicio”; (II) “en el caso de visitas mediante equipos comerciales, su trabajo podrá optimizarse mediante herramientas de geolocalización, que permitan optimizar las rutas que deben hacer los comerciales”, o (III) “las actividades de cierre están sujetas a un estricto control para optimizar los resultados de las acciones, realizando un análisis de la eficiencia de cada uno de los comerciales”.

En definitiva, cabe concluir que la utilización de los datos personales que lleva a cabo la consultante no los utiliza exclusivamente para los fines propios del responsable del tratamiento, sino que también los utiliza para mejorar su propia actividad, eficiencia etc.

4

Así, en el informe de esta Agencia de fecha 8 de julio de 2005 se analiza un caso en el cual la empresa de telemarketing sometía la posibilidad de realizar un tratamiento de “control de calidad” sobre los datos obtenidos mediante el encargo del tratamiento para mejorar la eficiencia de su propio operativa. La Agencia consideró entonces que ello suponía un tratamiento ajeno a la finalidad del encargo y que en consecuencia debía considerarse como responsable del tratamiento:

En efecto, el nuevo tratamiento al que se refiere la consulta no tiene por finalidad la prestación de un servicio a la entidad contratante, sino el control por la propia entidad consultante de la calidad del servicio prestado, a fin de poder realizar los correspondientes controles internos que pudieran incluso derivar en la aplicación de medidas concretas sobre el personal de la misma.

De este modo, existiendo una nueva finalidad, no podrá considerarse que el tratamiento “forma parte” del ya efectuado, sino que existirá un



nuevo tratamiento sometido a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, debiendo darse cumplimiento a la totalidad de las obligaciones impuestas en la misma, procediéndose asimismo a su notificación para la inscripción de dicho tratamiento en el Registro General de Protección de Datos. (...)

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa es la propia consultante la que decide implantar un sistema de control de calidad en la prestación de sus servicio y la que adopta la decisión de grabar las conversaciones realizadas por los teleoperadores que actúan por cuenta de la misma, sin que dicha grabación le venga impuesta por el contenido de la relación mantenida con una entidad tercera de la que es encargada del tratamiento, en cuyo caso el control de calidad sería efectuado por cuenta de dicha empresa y nunca directamente por la consultante.

En consecuencia, la responsable del nuevo tratamiento efectuado es la consultante y no las terceras empresas que con ella contratan.

En el presente caso sometido a consulta parece que pueda darse la misma circunstancia y en consecuencia y respecto de dichos tratamientos no podría considerarse al consultante como encargado del tratamiento sino como responsable del fichero.

5

III

También plantea en su consulta la entidad consultante la existencia de una doble relación con, como ya ha quedado relatado al inicio de este informe, con una Entidad A, que sería la entidad bancaria respecto de cuyas tarjetas de crédito el contrato de prestación de servicios se contrae, para promocionarlas y comercializarlas, y una Entidad B, que sería la que proporcionaría el fichero respecto del cual se van a realizar los tratamientos de datos dirigidos a dicha comercialización de las tarjetas.

Pues bien, la LOPD contiene una definición amplia de responsable del fichero o responsable del tratamiento, de manera que dicha categoría pueden corresponder cada una de ellas a la Entidad A y la otra a la Entidad B.

El art. 5 q) del RLOPD establece: *q) 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.

Por lo tanto será responsable del fichero quien decide sobre la creación del mismo, su contenido y su finalidad. Normalmente el responsable del fichero será también responsable del tratamiento que posteriormente se efectúe sobre dicho fichero, pero no necesariamente ha de ser así. La norma permite que el responsable del tratamiento sea distinto del responsable del fichero, en cuyo caso será el responsable del tratamiento quien decide sobre la realización de operaciones o procedimientos relativos a datos personales respecto de un fichero del que no es titular formal.

En consecuencia, cabe considerar a la Entidad A como responsable del tratamiento habida cuenta de que de acuerdo con la exposición de los hechos en la consulta se trata de la entidad financiera que decide la finalidad del tratamiento (para la comercialización de las tarjetas de crédito) y a la Entidad B como responsable del fichero.

No es objeto de esta consulta cual habría de ser la relación interna entre la Entidad A y la Entidad B, si bien cabe decir que respecto del consultante, para ser considerado encargado del tratamiento, éste habrá de tener un contrato de encargo del tratamiento con ambos responsables, tanto con el responsable del tratamiento cuanto con el responsable del fichero, de manera que con dichos contratos se dé cobertura tanto a la utilización del fichero cuyo responsable decide sobre su utilización y contenido (responsable del fichero) cuanto con el responsable del tratamiento, por cuanto éste decide sobre la finalidad y uso (responsable del tratamiento). Si no fuese así existiría una cesión de datos que requeriría de la base jurídica correspondiente de conformidad con art. 11 LOPD.

