



La consulta plantea si puede considerarse que la empresa franquiciadora es la única responsable del fichero y las empresas franquiciadas son encargadas del tratamiento conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Como cuestión previa es preciso señalar que el artículo 62.1 de la Ley 7/1996, de 15 enero, de Ordenación del Comercio Minorista, establece que “la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”.

Del mencionado concepto se desprende, obviamente, la distinta personalidad jurídica de las partes intervinientes en el contrato, así como el hecho de la absoluta independencia de las mismas en lo que al régimen de personal y clientela se refiere, siendo así que el único elemento puesto en común es el relacionado con el sistema de comercialización de la franquiciadora, que es cedido a la entidad franquiciada.

Por este motivo, al existir esa completa independencia, cada una de las entidades resultará obligada independiente y separadamente al cumplimiento de sus correspondientes obligaciones legales, entre las que se encontrarán las previstas en la Ley Orgánica 15/1999 y, en particular, la notificación de sus tratamientos para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos.

Tomando esta circunstancia en consideración, debe señalarse que los ficheros de las entidades franquiciadas serán completamente diferenciados, atendiendo incluso a necesidades y finalidades diversas, puesto que atenderán al beneficio de cada una de las partes en el contrato, de forma que deberán ser objeto de declaración separada y tendrán un distinto responsable.

Por otra parte, debe indicarse que cualquier intercambio de datos entre entidades franquiciadas constituirá una auténtica cesión de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

Dicho esto, el artículo 11.1 de la Ley establece que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

En consecuencia, no puede considerarse encargada del tratamiento a la sociedades franquiciadas. Ello no impide que la sociedad franquiciadora



constituya un fichero que se nutra de los distintos ficheros de las sociedades franquiciadas, pero como se señaló anteriormente, tal actuación constituye una cesión de datos y para la misma deberá de obtenerse el consentimiento de los interesados dado que no resulta aplicable al supuesto planteado en la consulta ninguna de las excepciones del artículo 11.2 de la citada Ley Orgánica.

En cuanto a la segunda cuestión se plantea si los delegados comerciales que tienen previsto contratar con el objeto de potenciar su actividad comercial, pueden ser considerados encargados del tratamiento respecto de la consultante.

En primer lugar, 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 los delegados comerciales que contrate la consultante, actuarán en todo caso por cuenta de éste, en definitiva tratarán los datos por cuenta del responsable, que es su cliente siendo por tanto encargados del tratamiento.

Por último, es preciso señalar que para que los delegados comerciales que contrate la consultante tenga la condición de encargado de tratamiento, es imprescindible que entre ambas partes, 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 y lo dispuesto en los artículos 20,21 y 22 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.