



<Calidad>

➔ **Tratamientos de datos por terceros** *Aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 en los proyectos de grabación y digitalización*

Encargado de Tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento (o Responsable del Fichero) (artículo 3.g de la LOPD). Se trata de estudiar la figura del Encargado del Tratamiento cuando los datos titularidad del Responsable del Tratamiento son tratados por un tercero ajeno a su organización.

Antecedentes

El apartado primero del artículo 12 de la LOPD 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". Es precisamente la necesidad del acceso a los datos para la prestación de un servicio la que justifica el diferente régimen y tratamiento que ambas figuras tienen.

La justificación del tratamiento que ese tercero hace de los datos viene dada por el hecho de que el acceso a la información de carácter personal por el tercero es necesario para la prestación del servicio contratado. Esta última cuestión es realmente significativa, pues constituye la principal nota diferenciadora entre cesión de datos y tratamiento de datos por terceros, dos figuras que habitualmente suelen confundirse, pero claramente diferenciadas en la LOPD.

A continuación se pasa a analizar, desde el punto de vista práctico, las obligaciones que la LOPD impone para articular correctamente el tratamiento de datos por terceros, estableciendo una relación entre las figuras del Responsable y del Encargado del Tratamiento.

Obligaciones de comunicación y registro

El Responsable del Tratamiento no está obligado a informar al interesado de la identidad del tercero que accede a su información para la prestación de un servicio, ni debe recabar su consentimiento (artículo 6.1. LOPD). Sin embargo, en el supuesto que pretenda ceder esa información sí será necesario informar al interesado, además recabar consentimiento, de la identidad del Encargado del Tratamiento (artículo 5 LOPD).

También, a diferencia de lo que ocurre con la cesión de

datos, en el tratamiento por terceros, el Encargado del Tratamiento no está obligado a inscribir el fichero tratado. De hecho cuando lo inscribe, tal inscripción viene motivada por la posibilidad que el Encargado sea al mismo tiempo Responsable del Fichero registrado.

Aplicación práctica

Sin duda, la principal peculiaridad de la relación entre Responsable y Encargado del Tratamiento, consiste en la necesidad (contenida en el artículo 12 .2. LOPD) de "estar regulada en un contrato". El citado artículo 12, dicta además que dicho contrato "deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido". Pese a la existencia de múltiples posibilidades para la formalización de este contrato es aconsejable adoptar la forma escrita. Ello se debe simplemente a una cuestión de facilidad probatoria.

El contenido básico del contrato de tratamiento por terceros exigido por la LOPD es el siguiente:

- Se deberá establecer "que el Encargado del Tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del Responsable". Es decir, es siempre el responsable quien responde a todos los efectos del tratamiento realizado por el encargado, no siendo posible trasladar la responsabilidad del titular del tratamiento frente a los interesados.

- También se hará constar "que (el encargado) no los aplicará o utilizará con un fin distinto al que figure en dicho contrato". Este principio, fundamental en las cesiones, también es importante en el caso de tratamiento por terceros, ya que la Inspección de la Agencia Nacional de Protección de Datos exige que se determine con claridad la finalidad, tanto de las cesiones, como del acceso por terceros. La exigencia es lógica en las cesiones pues el cedente únicamente ha consentido la comunicación de su información para la finalidad de la que ha sido informado. Pero también es lógica en el caso del acceso por terceros, pues la justificación del acceso reside en que su necesidad para prestar un servicio, una finalidad concreta, y no otra.

- Asimismo hay que hacer constar que el encargado "no los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras



<Calidad>

personas". Obviamente, también al igual que ocurre con las cesiones, en las que se obliga a determinar el cesionario y no se puede ceder la información a uno distinto, no es posible que otro tercero acceda a los datos, sin asegurar el cumplimiento, por su parte, de la LOPD.

- De igual forma se obliga a que "en el contrato se estipulen las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar". Esta es la principal obligación con la que se encuentran los Encargados del Tratamiento, pues deben adoptar en su sistema de información unas medidas de seguridad que dependen del nivel de sensibilidad de la información titularidad del Responsable. Una reflexión práctica al respecto es el hecho de que en el contrato no es necesario enumerar las medidas concretas a adoptar, siendo suficiente la indicación del nivel de seguridad exigido (básico, medio o alto) e incluyendo el detalle de las mismas en un "Documento de Seguridad", debidamente referenciado desde el contrato. Las medidas de seguridad a aplicar deberán de cumplir el "Reglamento de Medidas de Seguridad" establecido en el Real Decreto 994/1999 que acompaña a la LOPD 15/1999.

Existen otras obligaciones del encargado que, aunque no es necesario hacer constar en el contrato, pues se prevén expresamente en el artículo 12, es conveniente hacerlas constar a fin de convertirlas también en obligaciones contractuales. A ellas se refieren los apartados 3 y 4 del citado artículo.

- El apartado 3º se refiere a 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".

- El apartado 4º del artículo 12 establece que "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". Como se ha mencionado anteriormente, es conveniente la introducción de esta cláusula en el contrato para añadir, a la obligación legal, la obligación contractual.

Finalmente, es cada vez más frecuente la colaboración de diversos entes y personas, físicas o jurídicas, en la prestación de servicios, así como también la subcontratación. Pero cuando para la prestación del servicio por parte del subcontratista se requiera su acceso a la información de carácter personal que el contratante (encargado del tratamiento) está tratando por cuenta de un

tercero, se trata del problema de la imposibilidad del encargado para comunicar los datos a terceros, establecida en el artículo 12 de la LOPD.

Por ello es habitual encontrar en los contratos de acceso a datos por cuenta de terceros cláusulas del estilo de: "... sin perjuicio de la total responsabilidad de (EL CONTRATISTA, ENCARGADO DEL TRATAMIENTO) en el cumplimiento y ejecución de los servicios objeto de este contrato, en el supuesto en que fuese estrictamente necesario para el ENCARGADO la colaboración de una tercera entidad para el correcto cumplimiento de sus obligaciones, el RESPONSABLE DEL FICHERO autoriza al mismo a recurrir a la subcontratación. Únicamente en relación con el tratamiento de datos de carácter personal, se entenderá que EL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO actúa en nombre y por cuenta de EL RESPONSABLE DEL FICHERO. Además, el contrato formalizado entre EL ENCARGADO y el subcontratista contemplará las obligaciones que el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/99 asigna al encargado del tratamiento ...".

Amaya Fernández, Jefe de Proyecto

