

"Hablamos de Datos", un podcast de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y la Autoridad Catalana de Protección de Datos.

Capítulo 2: el encargo del tratamiento de datos

¡Buenos días! En este segundo capítulo de "Hablemos de datos" analizaremos un aspecto clave para los responsables del tratamiento de datos personales: el encargo del tratamiento de datos. ¿Cuándo tenemos que hacer este encargo? ¿Cómo debe ser el contrato con el encargado y qué responsabilidades debe tener? Para resolver estas dudas y muchos más nos acompaña Eva García. Eva es coordinadora de Investigación e Instrucción de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, entidad donde presta servicios desde hace más de 14 años.

Hola, Eva, y bienvenida!

Hola, muchas gracias!

¿A punto para resolver nuestras dudas?

¡A punto!

¡Muy bien! Empecemos pues. Si hablamos del encargo del tratamiento de datos personales, lo primero que debemos saber es cuándo un responsable debe formalizar este contrato.

Pues es muy sencillo. Un responsable debe formalizar un contrato de encargado cuando encomienda a una persona o a una entidad ajena a la organización la prestación de un servicio que comporte el tratamiento de datos personales de los que él es el responsable.

Perfecto. Ahora bien, puede ser que contratemos una empresa que, en principio, no necesite acceder a datos personales, pero no podemos descartar que fortuitamente pueda pasar. Por ejemplo, un servicio de limpieza de oficinas. En este caso, ¿es necesario formalizar un contrato?

Pues no, en este caso no hay que hacerlo. En esta situación el responsable de tratamiento de datos debe establecer las medidas de seguridad adecuadas para evitar que la empresa contratada pueda acceder a los datos. Además, hay que imponer un deber de confidencialidad en caso de que las personas o las entidades que ofrecen este servicio accedan accidentalmente a datos personales.

De acuerdo. Ahora ya tenemos claro cuándo tenemos que formalizar un contrato de este tipo. Pero, ¿quién puede ser el encargado del tratamiento de datos?

Puede serlo una persona física o jurídica, una autoridad pública, un servicio o un organismo. Por lo tanto, un encargado del tratamiento de datos puede ser desde una organización hasta un solo individuo. Lo que quiero poner de relieve es que cualquier encargado del tratamiento de datos debe cumplir dos condiciones ineludibles: por un lado, debe ser una persona o entidad ajena a la organización del responsable del tratamiento y, por otro, debe tratar los datos por cuenta del responsable.

¿Y el responsable del tratamiento puede elegir cualquier entidad o individuo como encargado?

No, no puede ser cualquiera. El encargado debe ofrecer suficientes garantías. Es decir, debe tener conocimiento especializado, fiabilidad, recursos y reputación en el mercado. Antes de escogerlo, el responsable del tratamiento debe evaluar las garantías que ofrece el encargado, asegurarse de que son suficientes y probar que ha tenido en cuenta todos los elementos establecidos en el Reglamento europeo. Además, se trata de una obligación continuada en el tiempo, no sólo en el momento de elegirlo. En este sentido, el propio Reglamento europeo establece que tanto la adhesión del encargado a un código de conducta como disponer de un mecanismo de certificación de los establecidos en este Reglamento, se pueden utilizar como elementos para demostrar la existencia de suficientes garantías.

Ahora que sabemos cómo escoger al encargado, hablamos del documento que lo vincula con el responsable. ¿Cómo debe ser?

La relación entre el encargado y el responsable siempre debe constar por escrito. Habitualmente se trata de un contrato, pero la normativa determina que esta relación también se puede regir mediante otros tipos de actos jurídicos, como por ejemplo un convenio. O, en el caso establecido específicamente en el artículo 33.5 del Reglamento europeo, las administraciones públicas pueden llevar a cabo este encargo mediante la norma reguladora de las competencias. Sea como fuere, el contrato o acto jurídico debe ser, como he dicho antes, escrito, y debe reunir el contenido mínimo requerido por la norma.

Y este contrato de encargo, ¿qué debe tener en cuenta obligatoriamente?

El contrato siempre debe tener en cuenta los elementos que determina el artículo 28.3 del Reglamento europeo, que son: el objeto y la duración de este contrato, la naturaleza y las finalidades del tratamiento, el tipo de datos que serán objeto de tratamiento y las categorías de personas interesadas, las obligaciones y los deberes del responsable y las funciones y responsabilidades específicas del encargado. Debemos tener presente, sin embargo, que este contrato no puede limitarse a reproducir las disposiciones del reglamento, sino que debe redactarse teniendo en cuenta la actividad concreta de tratamiento de los datos que se hará. Me gustaría remarcar que los encargos de tratamiento sometidos a la legislación de contratos del sector público también deben incluir las determinaciones del artículo 122.2 de esta norma.

Y el encargado, ¿qué obligaciones tiene?

Las obligaciones del encargado son las que impone el Reglamento europeo. Algunas de estas obligaciones están establecidas en el artículo 28, que regula esta figura. Determina, entre otros, que debe tratar los datos conforme a las instrucciones del responsable, informarle en caso de que alguna de estas instrucciones pueda infringir la normativa y adoptar las medidas técnicas y organizativas que sean apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo.

Pero hay que tener en cuenta que este artículo no recoge todas las obligaciones. Hay algunas que están establecidas en otros preceptos del Reglamento europeo. Por ejemplo, la obligación del encargado de mantener un registro de actividades del tratamiento, cuando la norma lo exija. Este registro debe recoger la información sobre los tratamientos de datos que se llevan a cabo. En este caso son las actividades que lleva a cabo el encargado por cuenta del responsable. Otras obligaciones son: disponer de un delegado o delegada de protección de datos cuando sea exigible o notificar al responsable las posibles violaciones de seguridad.

Todo el rato estamos hablando de dos figuras que tienen un papel en el tratamiento de datos: el responsable y el encargado. Hablamos ahora de quien toma las decisiones. ¿El responsable puede dejar un cierto margen de maniobra al encargado?

Debemos partir de la base de que las decisiones sobre la finalidad y los medios esenciales del tratamiento siempre las debe tomar el responsable, y estos medios esenciales están íntimamente ligados a cuestiones como qué datos se tratarán, la duración del tratamiento, las categorías de destinatarios o cuáles serán las personas afectadas por el tratamiento. El encargado puede tener un cierto margen en cuanto a los medios no esenciales del tratamiento; por ejemplo, puede elegir los medios técnicos y organizativos más adecuados.

Para realizar todo este trabajo, puede ser que el encargado del tratamiento necesite contratar a un subencargado. ¿Lo puede hacer?

Sí, puede hacerlo, pero siempre con autorización previa y por escrito del responsable. Esta autorización, además, puede ser de dos tipos: específica o general. La autorización específica es la que hace referencia expresa a un subencargado concreto y para una operación de tratamiento concreta. Cuando se hace este tipo de autorización, debemos informar al responsable de cualquier cambio en la figura del subencargado para que lo autorice. En caso de silencio, debemos entender que el responsable deniega el permiso. Cuando la autorización es general, es decir, cuando se autoriza la subcontratación, pero no se concreta la entidad, el encargado debe informar al responsable de cualquier incorporación o cambio de subencargado para que pueda oponerse. Aquí, sin embargo, al contrario de lo que pasaba en la

autorización específica, el silencio por parte del responsable debe entenderse en sentido positivo, es decir, como una autorización del cambio.

Quería puntualizar también que, en el caso de los contratos sometidos a la ley de contratos del sector público, la disposición adicional vigésimo quinta de esta norma, que regula la subcontratación, no incluye variaciones significativas respecto al régimen general establecido por el Reglamento europeo, que es el que acabo de explicar.

Una de las obligaciones que deben cumplir las entidades que trabajan con datos personales es atender las solicitudes de ejercicio de derechos, como el de acceso o supresión, por ejemplo. ¿Quién debe hacerlo cuando hay un encargado?

Corresponde al responsable del tratamiento asegurar que se dé respuesta a las solicitudes de ejercicio de derechos. Pero, siempre que sea posible, el encargado debe asistirle con medidas técnicas y organizativas. De hecho, esta es una de las obligaciones del encargado y debe establecerse expresamente en el contrato. Quería señalar, por ello, que, en determinadas circunstancias, podemos asignar a los encargados un deber más específico si están en disposición de extraer y gestionar los datos personales. Este supuesto está establecido expresamente en el artículo 12.3 de la Ley orgánica 3/2018, que determina que el encargado puede tramitar directamente las solicitudes de ejercicio de derechos si así lo hemos establecido en el contrato.

De acuerdo. El encargado, tal y como hemos visto, trata datos personales. ¿Cuál es la base jurídica que lo habilita para hacerlo?

En la medida en que el encargado trata los datos por cuenta del responsable, la base jurídica que legitima el tratamiento por parte del encargado es la misma que la que legitima el tratamiento por parte del responsable.

¿Y es necesario que el responsable avise a estas personas de que el encargado tratará sus datos?

Pues la normativa no lo exige, sin embargo, en atención al principio de transparencia del artículo 12 del Reglamento europeo, sería recomendable hacerlo en determinadas circunstancias y en función del tipo del tratamiento.

Tanto el responsable como el encargado del tratamiento deben cumplir la normativa de protección de datos. ¿A qué sanciones se pueden enfrentar si no lo hacen?

En cuanto a las sanciones por incumplimiento de la normativa de protección de datos, tanto el responsable del tratamiento como el encargado pueden ser sancionados si la contravienen. En el caso

de los sujetos citados en el artículo 77 de la Ley Orgánica 3/2018, fundamentalmente administraciones públicas, la sanción no es económica, sino que consiste en una amonestación.

Asimismo, hay que tener en cuenta que cualquier persona que haya sufrido daños a consecuencia de una infracción de la normativa de protección de datos, tiene derecho a exigir una indemnización al responsable o encargado. Así lo establece el artículo 82 del Reglamento europeo. Y la entidad que deberá responder dependerá de quién haya sido el responsable del incumplimiento. Si el encargado ha incumplido las obligaciones que le había dirigido directamente el responsable, será él quien se haga cargo de la indemnización. En cambio, si ambos han participado en la producción del daño, la responsabilidad es solidaria. En este caso, la persona que ha sufrido el daño puede exigir la totalidad de la indemnización a cualquiera de los dos. Después, la entidad que se haga cargo, sea el responsable o el encargado, puede reclamar al otro la parte de indemnización que le corresponda.

Y ya para terminar, cuando finaliza la relación entre el responsable y el encargado, ¿qué tenemos que hacer?

En la medida en que el encargado ya no tratará datos por cuenta del responsable, se devolverán los datos, o bien deben destruirse, según se haya indicado en el contrato. El encargado, sin embargo, puede conservar los datos, debidamente bloqueados, en la medida en que se puedan derivar responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.

¡Perfecto! Muchas gracias, Eva, por ayudarnos a entender mejor la figura del encargado del tratamiento de datos.

¡Gracias a vosotros!

Cerramos aquí el segundo capítulo de "Hablemos de datos". Hoy con Eva García, coordinadora de Investigación e Instrucción de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, hemos hablado del encargo del tratamiento de datos. Es decir, de todo lo que hay que hacer cuando una entidad ajena a nuestra organización lleva a cabo un servicio que implica tratar datos personales. Para ello hemos profundizado en la figura del encargado del tratamiento, en sus obligaciones y en su relación con el responsable.

Si queréis seguir profundizando en aspectos relacionados con la protección de datos, no os perdáis el próximo capítulo de "Hablemos de datos"!