



Protección de datos y outsourcing

CADA VEZ SON MÁS LAS EMPRESAS QUE HAN INTEGRADO EL *OUTSOURCING* EN SU ESTRATEGIA EMPRESARIAL. ENTRE LOS OBJETIVOS: REDUCIR COSTES Y BUSCAR ESPECIALIZACIÓN. AQUÍ ENTRAN EN JUEGO ASESORÍAS Y GESTORÍAS QUE, COMO FIGURAS POSEEDORAS DE ESE CONOCIMIENTO, PRESTAN SUS SERVICIOS A LAS EMPRESAS, DEBIENDO ACCEDER EN SU DESEMPEÑO A DATOS PERSONALES DE EMPLEADOS O CLIENTES. LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EXIGE UNAS GARANTÍAS QUE ES NECESARIO OBSERVAR PARA EVITAR FUERTES SANCIONES.

Javier Álvarez Hernando

La **externalización de procesos de negocio o outsourcing** se está generalizando cada vez más en las organizaciones. Con ello se busca, entre otros, además de un abaratamiento de **costes**, una necesaria **especialización o know how**.

Los procesos de **asesoramiento legal, gestión de nóminas y administración de personal** se presentan como algunas de las áreas sobre las que las empresas más externalizan (el 42% de las empresas ha externalizado el asesoramiento legal, la gestión tributaria el 59%, los sistemas de información el 70% y las nóminas y administración de personal el 30%, según datos de la consultora PriceWaterhouseCoopers, de 27 de octubre 2004).

Las figuras que desempeñan esas labores externalizadas son asesorías o gestorías laborales y fiscales que en su función profesional, como es lógico, **acceden o tratan datos de carácter personal** de los empleados de las empresas, que son sus clientes. El legislador ha sido consciente de los riesgos que este tratamiento de datos personales, realizado por terceros, puede suponer para su intimidad en

el caso de que esa información de carácter personal –en ocasiones altamente sensible (piénsese en minusvalías, etc.)– se empleara con otros fines divergentes con la gestión encomendada, por ejemplo, de forma ilícita o con un ánimo comercial.

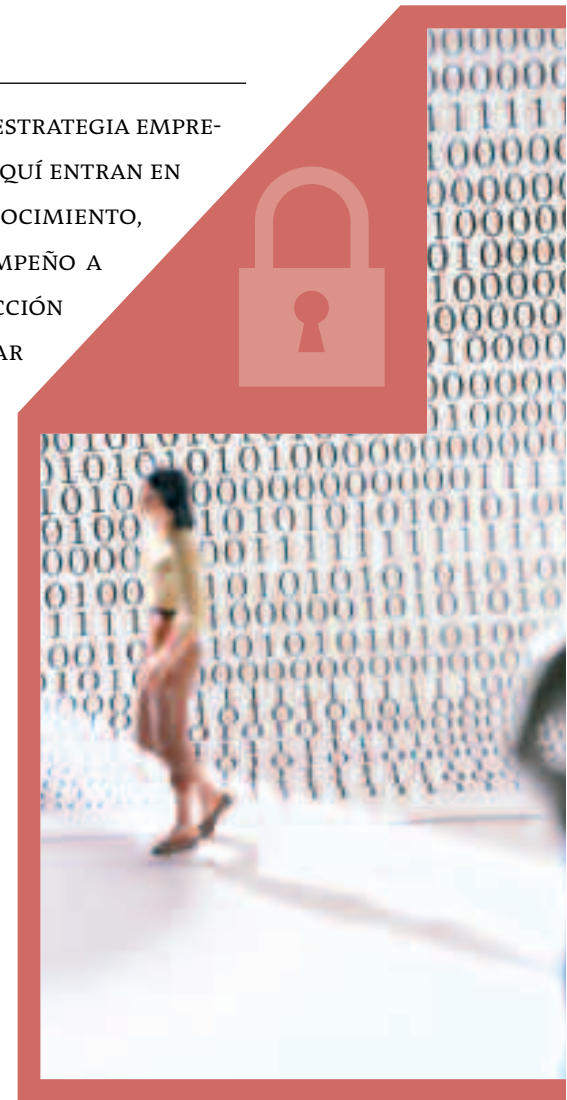
Por ello, la **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD)**, trata de salvaguardar que el tratamiento de esos datos se realice con las debidas garantías, ocupándose del *outsourcing* en su artículo 12, en el que lo denomina **acceso a datos por cuenta de terceros**.

Encargados del tratamiento y responsables de los ficheros

Dos son las figuras que presenta la LOPD para un caso de *outsourcing*: el encargado del tratamiento y el responsable del fichero.

Encargado del tratamiento es aquella persona física o jurídica que sola o conjuntamente con otros, trata datos de carácter personal por cuenta, es decir, conforme a las instrucciones del responsable del fichero. Por tanto, la asesoría o gestoría en su calidad de gestor será considerada formalmente como encargado del tratamiento.

La otra figura que nos ocupa es la



empresa que contrata los servicios externos. Ésta es considerada como la **responsable del fichero** de datos, siempre y cuando decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

En el caso de que la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento de los datos sea determinada no por la empresa, sino por la asesoría o gestoría, nos encontraríamos formalmente ante una cesión o comunicación de



datos, configurado en la LOPD en su artículo 11 y no ante una prestación de servicios (ya hemos mencionado que la Ley lo llama acceso a los datos por cuenta de terceros). La considera-

ción de **delimitar quién es quién** (encargado o responsable) y **ante qué categoría nos encontramos** (acceso a datos por cuenta de terceros o bien

cesión de datos) tiene importantes consecuencias no sólo en cuanto al desempeño de obligaciones legales sino también desde un punto de vista de responsabilidad, lo cual no es cuestión baladí a la vista de las fuertes sanciones, **multas desde 601 € a 601.000 €**, que puede conllevar la vulneración de la normativa sobre protección de datos.

Por otro lado, hay que mencionar que entre las **obligaciones que recaen sobre el responsable del fichero** se encuentra la de presentar la solicitud de **inscripción en el Registro General de Protección de Datos** indicando en ella, entre otras cuestiones, la exis-

tencia de una prestación de servicios, con la necesidad de identificar a dicho gestor.

Muchas veces el responsable del tratamiento pone de manifiesto la existencia de varios encargados para un mismo fichero. En estos casos, la Agencia Española de Protección de Datos recomienda especificar como encargado del tratamiento a la entidad principal que realice dichas funciones.

Un **error habitual** que se produce en la práctica al cumplimentar el modelo de notificación consiste en **considerar como encargado del tratamiento al personal que trabaja por**

cuenta del responsable del fichero. En estos casos, la Agencia Española de Protección de Datos ha reiterado que una persona que trabaja bajo la dependencia o autoridad directa del responsable (el abogado, el graduado social, etc.), debido a una relación contractual dentro del ámbito del derecho laboral, no tiene la consideración de encargado del tratamiento.

Eso no significa que no se puedan exigir responsabilidades a un miembro de la asesoría o gestoría, ya que en el marco de la relación laboral el trabajador tiene una serie de obligaciones y responsabilidades en materia de protección de datos, como, por ejemplo, el deber de guardar secreto.

Plasmación en un contrato escrito

Como ya se ha apuntado, la Ley **no considera que exista cesión** o comunicación de datos (art. 11 LOPD) cuando el acceso a los datos por cuenta de terceros se realice para la **prestación de un servicio determinado al responsable del tratamiento**. Para ello se establecen una serie de requisitos formales, así como las responsabilidades en que se puede incurrir en caso de incumplimiento.

La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar **regulada en un contrato** que habrá de

- ▶ *El 42% de las empresas han externalizado el asesoramiento legal y los recursos humanos el 30%.*
- ▶ *El responsable del fichero (la empresa) decide acerca de la finalidad, el contenido y el uso que el encargado del tratamiento (gestoría o asesoría) puede realizar con los datos personales entregados.*
- ▶ *La empresa, como responsable, está obligada a notificar el fichero al Registro General de Protección de Datos indicando quién es el encargado del tratamiento.*

constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido (parece que el legislador se está refiriendo a contratos electrónicos acreditados mediante la llamada firma electrónica avanzada). En la práctica, es común que este contrato sea accesorio de otro en el que se recoge la prestación del servicio principal.

En dicho contrato debe hacerse mención expresa a lo siguiente:

- **Descripción** detallada de las prestaciones a realizar.

- **Finalidad** de la prestación.

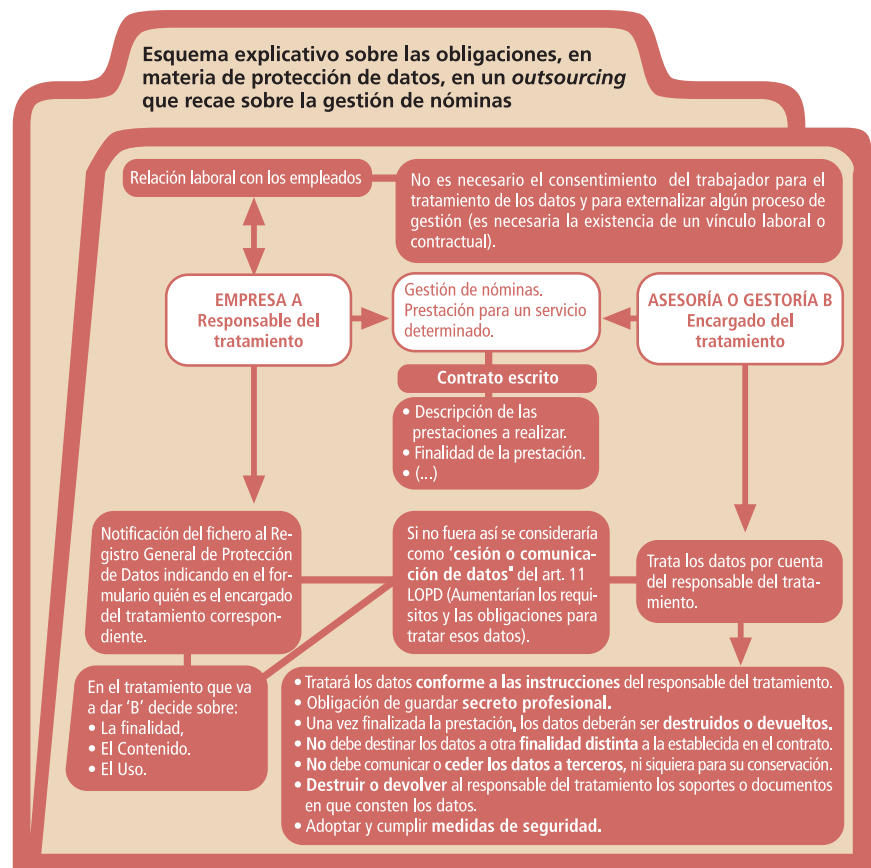
- Indicación de que el gestor, como encargado del tratamiento, únicamente tratará los datos **conforme a las instrucciones** de la empresa y **no los aplicará o utilizará con fin distinto** al que figure en dicho contrato, **ni los comunicará**, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

•Indicación de las **medidas de seguridad** que el gestor está obligado a implementar. Debe tenerse en cuenta que la Ley establece unas medidas de seguridad de mínimos, pudiendo pactarse medidas de seguridad más estrictas que las contempladas en el Reglamento de Medidas de Seguridad (Real Decreto 994/1999, de 11 de junio). Lo aconsejable es que estas medidas se pacten con un nivel aceptable de detalle intentando alejarse de generalidades, ya que a la hora de dirimir responsabilidades esta circunstancia será de gran ayuda.

•Referencia a la obligación del gestor de guardar **secreto profesional** respecto a los datos objeto de tratamiento mientras está en curso la prestación y una vez finalizada ésta. Además, una vez que termina la prestación, los datos de carácter personal deberán ser **destruidos o devueltos** al responsable del tratamiento, al igual que cualquier documento o soporte en que conste algún dato objeto del tratamiento.

¿Quién debe promover la realización del contrato?

Respecto a quién debe ser el responsable de promover la suscripción del contrato de prestación de servicios, la LOPD guarda silencio, pero de una interpretación derivada del espíritu de la Ley parece correcto concluir que **debe ser el responsable del fichero**, ya que es el garante de los datos que posteriormente «presta» al encargado del tratamiento. No obstante, no creemos que el problema sea determinar a quién le corresponde instar la celebración del contrato, sino que lo importante es que el contrato tiene que existir, ya que es una obligación legal, por lo que el encargado del tratamiento debería preocuparse de realizarlo en el caso de que el responsable del fichero no lo haga, ya que en el supuesto de un conflicto ante la Agencia Española de Protección de Datos muy probablemente las sanciones se extendieran a las dos figuras.



Obligaciones del gestor como encargado del tratamiento

Por tanto, el gestor está obligado a tratar los datos **conforme a las instrucciones** dadas por la empresa responsable del tratamiento, no pudiendo destinar los datos a **otra finalidad** distinta a la establecida en el contrato, ni ceder los datos a terceros, ni siquiera para su conservación. En este caso **será considerado, también, responsable del tratamiento**, respon-

diendo de las infracciones en que éste hubiera incurrido personalmente.

En cuanto a la **inscripción de ficheros** en el Registro General de Protección de Datos, ya nos hemos referido a que el gestor no debe notificar los ficheros para su inscripción, obligación que recae sobre la empresa responsable del fichero.

Asimismo, hay que indicar que el gestor, además de estar obligado a adoptar y cumplir las adecuadas **medidas de seguridad**, debe **comunicar y hacer cumplir** entre sus trabajadores aquellas obligaciones que se establecen en el contrato, como, por ejemplo, las relativas al deber de secreto y las medidas de seguridad que se deben observar.

Por último, hay que mencionar que el gestor, una vez concluida la prestación, debe **destruir o devolver** a la empresa responsable del tratamiento los soportes o documentos en que conste algún dato de carácter personal. ■

Para saber más

- ▶ Agencia Española de Protección de Datos: www.agpd.es
- ▶ Protección de Datos en la Comisión Europea
http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/index_en.htm
- ▶ Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid www.datospersonales.org



A continuación reproducimos un modelo de contrato (imaginario) de prestación de servicios entre la empresa «Emporio, S.A.» y la gestoría «Genil», en el marco del artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Madrid, a 24 de enero de 2005

REUNIDOS

De una parte, la Empresa «Emporio, S.A.», con domicilio social en C/ Amposta, 66, inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, Tomo 3, Libro 2.º, Folio 856, Sección 4.ª, Hoja 2, Inscripción 2568 con CIF: A-5659599, debidamente representada por D. Zoilo Zapico Aliaga, con DNI 44236588, compareciendo en calidad de Director General (en adelante, Responsable del Fichero).

Y de la otra, la Gestoría «Genil», con domicilio social en C/ Piedad, 34, inscrita en el Registro Mercantil de Valladolid, Tomo 2, Libro 1.º, Folio 56, Sección 3.ª, Hoja 89, Inscripción 5896 con CIF: B-2342342, debidamente representada por D. Nicolás Smith Alonso, con DNI 05369875, compareciendo en calidad de Socio Fundador (en adelante, Encargado del Tratamiento).

Ambas partes manifiestan tener capacidad legal para el otorgamiento de este Contrato y a tal efecto

EXPONEN

- I. Que el Responsable del Fichero (Empresa «Emporio, S.A.») se dedica, entre otras actividades propias de su objeto social, a servicios funerarios.
- II. Que el Encargado del Tratamiento (Gestoría «Genil») es una empresa dedicada, entre otras actividades propias de su objeto social, a labores de asesoría laboral y fiscal.
- III. Que entre ambas partes existe una relación contractual por la cual el Encargado del Tratamiento presta servicios relacionados con la gestión de personal y nóminas –en sentido amplio actividades propias de recursos humanos–, que implican un tratamiento del fichero con datos personales titularidad de la Empresa «Emporio, S.A.».
- IV. Que, con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, ambas partes suscriben el presente contrato, el cual formalizan de común acuerdo, atendiendo a las siguientes

ESTIPULACIONES

PRIMERA.-Objeto y finalidad. Para el correcto desempeño de los servicios de gestión de personal y formalización de nóminas, se hace necesario facilitar por parte del Responsable del Fichero el acceso a los ficheros de datos de carácter personal de sus empleados. En el Anexo II se establece un listado de los ficheros de datos personales objeto de tratamiento.

SEGUNDA.-Encargado y responsable del tratamiento. En el marco del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos, se entenderá que la Gestoría «Genil», ostenta la condición de Encargado del Tratamiento, entendido como la persona jurídica que opera por cuenta de la Empresa «Emporio, S.A.», siendo esta última, como responsable del fichero o del tratamiento, la que decide sobre la finalidad y el uso de la información a la que tiene acceso la Gestoría «G».

TERCERA.-Forma de acceso. La forma de acceso a los ficheros de datos de carácter personal se realizará (por medios telemáticos, mediante la entrega periódica de soportes CD-ROM, mediante la entrega periódica de documentación en papel, etc.)

CUARTA.-Instrucciones. El Encargado del Tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones establecidas por el Responsable del Fichero, no estando autorizada la utilización de dichos datos con un fin distinto al establecido en el cuerpo del presente contrato.

QUINTA.-Cesión y subcontratación. No será posible, en ningún caso, la cesión o comunicación a terceros, ni siquiera para su conservación, de los datos de carácter personal a los que tenga acceso la Gestoría «Genil» en su condición de Encargado del Tratamiento. Tampoco será posible realizar subcon-

trataciones a terceros del servicio que el Encargado del Tratamiento presta al Responsable del Fichero, a menos que actúe en nombre y por cuenta de éste, y debiéndose cumplir los siguientes requisitos:

- Que el Encargado del Tratamiento cuando esté realizando la subcontratación deberá estar actuando en nombre y por cuenta del Responsable del Fichero y ello así conste en un contrato suscrito entre ambos.

- Que la subcontratación se lleve a cabo por escrito de acuerdo con el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos.

SEXTA.-Medidas de Seguridad. Atendiendo a los artículos 9 y 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, la Gestoría «Genil», como encargada del tratamiento está obligada a implementar las medidas de seguridad correspondientes al nivel básico –a la vista de la naturaleza de los datos a los que está autorizado a acceder– según se regula en los artículos 8 y siguientes del Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal (Nota: Partimos del supuesto de que las medidas de seguridad a implantar, a la vista de los datos tratados se corresponden con las calificadas por la LOPD como de nivel básico).

SÉPTIMA.-Resolución. Una vez cumplida la prestación objeto del contrato o bien en el supuesto de su resolución, los datos de carácter personal que pudieran permanecer en poder del Encargado del Tratamiento, deberán ser destruidos o devueltos al Responsable del Fichero, al igual que cualquier soporte o documento en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

OCTAVA.-Responsabilidad. El Encargado del Tratamiento será considerado responsable del tratamiento en el caso de que destine los datos a otra finalidad, los ceda o los utilice incumpliendo el presente contrato. En estos casos el Encargado del Tratamiento responderá de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente. Del mismo modo le son exigibles, como Encargado del Tratamiento, tanto la adopción de medidas de seguridad como la responsabilidad en supuestos de infracción.

NOVENA.-Secreto Profesional. El Encargado del Tratamiento deberá observar en todo momento, y en relación con los ficheros de datos de carácter personal a los que tuviera acceso o le pudieran ser entregados por el Responsable del Fichero para la realización en cada caso de los trabajos y servicios que pudieran acordarse, el deber de confidencialidad y secreto profesional que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos, subsistirá aun después de finalizar la relación de los trabajos encargados en relación con cualquier fichero así como, en su caso, tras la finalización por cualquier causa del presente contrato.

DÉCIMA.-Controles y auditorías. El Responsable del Fichero en su condición de titular y responsable del fichero se reserva el derecho de efectuar en cualquier momento los controles y auditorías que estime oportunos para comprobar el correcto cumplimiento por parte del Encargado del Tratamiento del presente contrato. Por su parte, el Encargado del Tratamiento deberá facilitar al Responsable del Fichero cuantos datos o documentos le requiera para el adecuado cumplimiento de dichos controles y auditorías.

DECIMOPRIMERA.- Duración del contrato. El presente acuerdo entrará en vigor desde la fecha de su firma y estará vigente hasta la fecha de terminación de la prestación de servicios por parte del Encargado del Tratamiento.

DECIMOSEGUNDA.- Empleados. El Encargado del Tratamiento se compromete a comunicar y hacer cumplir a sus empleados, incluidos trabajadores de empresas de trabajo temporal, las obligaciones establecidas en el presente contrato y, en concreto, las relativas al deber de secreto y medidas de seguridad.

DECIMOTERCERA.- Interpretación y cláusulas nulas. La interpretación de este contrato se realizará a tenor del literal de sus cláusulas, y en lo que en ellas no estuviere previsto se atenderán las partes contratantes a la legislación común española. Si alguna de las estipulaciones o condiciones del presente contrato resultara nula, inválida o ineficaz y no pudiera tener efecto por causa de la legislación aplicable a él, dicha nulidad, invalidez o ineficacia no afectará al resto de especificaciones o condiciones.

DECIMOCUARTA.- Documentación anexa. Los Anexos que se adjuntan en el presente acuerdo contractual se entenderán como parte del mismo, siendo los siguientes:

- Descripción de la prestación de servicios a cargo del Encargado del Tratamiento a favor del Responsable del Fichero.
- Listado de los ficheros de datos personales objeto de tratamiento.

En testimonio de lo cual formalizan el presente contrato en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.

EL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO
Gestoría «Genil»

EL RESPONSABLE DEL FICHERO
Empresa «Emporio S.A.»