



Las consultas plantean, si la actividad desarrolla por la entidad consultante exige formalizar un contrato de encargado del tratamiento en los términos previstos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

En relación con la actividad de pegado y ensobrado de etiquetas en cartas con folletos comerciales y en la recepción de direcciones de personas físicas por correo o fax, para la realización de envíos, la consultante está realizando una prestación de servicios por cuenta de terceros, lo que implica desde el prisma de la protección de datos, el tratamiento de datos de carácter personal por cuenta de su cliente, exigiendo por tanto la formalización de un contrato de encargado del tratamiento, pues es un encargado del tratamiento atendiendo a la definición de 3 g) de la Ley Orgánica 15/1999, “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”.

Dicha definición se reitera en términos generales en el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se desarrolla la citada Ley Orgánica definiendo en su apartado i) al encargado del tratamiento 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.”

Por otro lado, 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.

Por ende, en los supuestos de hecho planteados en las consultas, podemos concluir que la actuación llevada a cabo por la consultante, depende de los criterios que previamente haya fijado su cliente, por lo que actúa en todo caso por cuenta de éste, siendo por tanto la consultante encargada del tratamiento.

Por último, es preciso señalar que para que la consultante tenga la condición de encargado de tratamiento, es imprescindible que entre ambas partes, esto es la consultante y la entidad propietaria del edificio 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.

En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 impone que “la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que 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”.

Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece 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”.



· En lo referente a la cesión de los datos, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados única y exclusivamente al responsable del fichero.

· Por último, según el artículo 12.4, “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”, siendo, en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen.”

El régimen del encargado del tratamiento contemplado en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, debe de complementarse con lo dispuesto en los artículos 20 al 22 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se desarrolla la citada Ley Orgánica.

Respecto de las cartas devueltas que se reciben como consecuencia de las direcciones incorrectas, éstas deberán devolverse a su cliente, ya que dicha devolución forma parte de la prestación de servicios que ambas partes han concretado.

En cuanto a la inscripción del fichero de las direcciones de las personas físicas en el Registro General de Protección de Datos, corresponde el responsable del mismo, que en el supuesto de hecho planteado en la consulta coincidiría con el cliente de la consultante.

Por último en cuanto a la posibilidad de mantener por parte de la consultante las direcciones en soporte papel, el artículo 22 del Real Decreto por el que se desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, prevé la conservación de los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de sus relaciones con el responsable, así establece que “1. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

No procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que exija su conservación, en cuyo caso deberá procederse a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación.



2. El encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.”