



00566/09/ES  
WP 161

**Dictamen 3/2009 sobre el proyecto de Decisión de la Comisión relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE**  
*(de los responsables a los encargados del tratamiento)*

emitido el 5 de marzo de 2009

El Grupo de trabajo fue creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano europeo consultivo en materia de protección de datos y privacidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

De su secretaría se encarga la Dirección C (Justicia civil, derechos y ciudadanía) de la Comisión Europea, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, B-1049 Bruselas, Bélgica, despacho nº LX-46 01/06.

Sitio de Internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm)

## **EL GRUPO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES**

creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995<sup>1</sup>,

Vistos el artículo 29 y el artículo 30, apartado 1, letra a), y apartado 3, de dicha Directiva,

Visto su reglamento interno, y, en particular, sus artículos 12 y 14,

### **ha adoptado el presente Dictamen**

#### **I. Introducción**

Durante varios años las empresas y las autoridades de protección de datos han trabajado con cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en los terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46 (de los responsables a los encargados del tratamiento 2002/16/CE) aprobada por la Comisión Europea el 27 de diciembre de 2001<sup>2</sup>.

Si bien las cláusulas contractuales tipo 2002/16/CE constituyen una sólida base para la transferencia de datos personales, la necesidad de «actualización» del contrato ha ido en aumento con los años.

La razón principal de la «actualización» de las cláusulas contractuales tipo 2002/16/CE es, sencillamente, el advenimiento de la «externalización global». A medida que aumenta el número de empresas que no sólo transfieren sus datos a un encargado de tratamiento sino también a «subencargados» y, en ocasiones, a sucesivos «sub-subencargados», las cláusulas contractuales tipo 2002/16/CE no son un medio adecuado para asegurar estas complejas transferencias sucesivas. En consecuencia, la Comisión Europea considera necesario modificar las cláusulas contractuales tipo 2001/16/CE, a fin de que el contrato esté mejor adaptado a las actuales prácticas empresariales, mediante la adopción de una nueva Decisión basada en el artículo 26, apartado 4, de la Directiva 95/46/CE.

#### **II. Comentarios sobre el proyecto de Decisión de la Comisión**

##### **1. Aspectos principales**

##### **1.1. Subcontratación por encargados del tratamiento establecidos en la Comunidad *versus* subcontratación por encargados establecidos fuera de la Comunidad**

El Grupo de protección desea formular algunas observaciones sobre la subcontratación internacional del tratamiento de datos fuera del EEE por un encargado establecido en la Unión Europea/EEE, una situación que no está prevista en el proyecto de Decisión de la Comisión y que se está convirtiendo en una práctica cada vez más corriente.

---

<sup>1</sup> DO L 281 de 23.11.1995, p. 31, disponible en:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:ES:HTML>

<sup>2</sup> DO L 6 de 10.12.2002, p.52. Véase el Dictamen del Grupo de protección nº 7/2001, GP 47, disponible en:  
[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp47en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp47en.pdf)

El Grupo de protección es consciente de que la adopción de este proyecto de Decisión de la Comisión aumentará considerablemente la flexibilidad de los servicios de tratamiento, en lo que respecta al sistema de autorización previsto en el artículo 26, apartado 2, de la Directiva. Sin embargo, esta flexibilidad no se aplicará por igual a los diferentes actores en un mercado cada vez más global. De hecho, el proyecto de Decisión de la Comisión permitirá a un encargado de tratamiento establecido en un tercer país realizar transferencias sucesivas con fines de subcontratación con una mera autorización del responsable del tratamiento, mientras que los encargados de tratamiento establecidos en la UE/EEE que deseen subcontratar parte de sus actividades de tratamiento con un subcontratista en un tercer país seguirán sujetos a la actual normativa. Esta situación creará una desventaja competitiva para las empresas europeas que deberán soportar una carga administrativa superior a la de empresas equivalentes en los terceros países, con el fin de prestar servicios similares de tratamiento de datos.

El Grupo de protección no olvida, sin embargo, la naturaleza jurídica diferente de las transferencias intracomunitarias y de las transferencias internacionales. Así queda reflejado en la Directiva, que regula ambas cuestiones en dos secciones diferentes.

En consecuencia, el Grupo de protección considera necesario encontrar una solución jurídica que permita la subcontratación internacional por encargados establecidos en la UE/EEE sin que se generen desigualdades innecesarias en el mercado. A este respecto, el Grupo de protección insta a la Comisión a que desarrolle sin demora un nuevo instrumento jurídico específico y separado que permita la subcontratación internacional del tratamiento de datos por los encargados establecidos en la Unión con subcontratistas de terceros países. Dicho instrumento podría consistir, por ejemplo, en un nuevo conjunto de cláusulas contractuales tipo, a través de las cuales el responsable y el encargado establecidos en la UE/EEE podrían proceder a la subcontratación transfronteriza del tratamiento de datos, de acuerdo con las garantías adecuadas que necesitan estas transferencias.

Conscientes del tiempo que requiere la elaboración del instrumento que se propone, el Grupo de protección entiende que, en ausencia de un instrumento jurídico comunitario específico, la subcontratación transfronteriza de servicios de tratamiento de datos por responsables establecidos en la UE/EEE exige una respuesta por parte de las autoridades nacionales de supervisión. Así, sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las autoridades nacionales de supervisión, con arreglo a sus Derechos nacionales, para adoptar las autorizaciones previstas en el artículo 26, apartado 2, de la Directiva, el Grupo de trabajo anima a las autoridades nacionales de supervisión a que consideren como una garantía adecuada de los contratos de subcontratación internacional concluidos entre un responsable y un encargado de tratamiento de datos en la UE/EEE el hecho de que estos contratos apliquen por analogía los principios y garantías de las cláusulas contractuales tipo. Es decir, los contratos entre un responsable de tratamiento de datos de la UE/EEE y un encargado de tratamiento de datos de la UE/EEE en virtud de los cuales el responsable autorice la transferencia de datos a un subcontratista fuera de la UE/EEE deberán ser examinados por una autoridad nacional de protección de datos para comprobar que proporcionan una protección adecuada de los derechos de los interesados cuyos datos se transfieren al aplicar por analogía los principios y garantías de las cláusulas contractuales tipo 2002/16/CE. Esto equivaldría a aplicar un régimen similar al previsto en el proyecto de Decisión a los responsables establecidos fuera de la UE.

A este respecto, el Grupo de protección pide a la Comisión que considere la posibilidad de que la Decisión de la Comisión por la que se adoptan las cláusulas contractuales tipo contenga una declaración que precise este extremo mediante la inclusión, por ejemplo, de considerandos específicos que podrían prever expresamente la posibilidad de que los Estados

miembros autoricen transferencias internacionales basadas en las cláusulas contractuales tipo adjuntas a la Decisión de la Comisión a los subcontratistas establecidos fuera de la UE/EEE en el caso específico de que tanto el responsable como el encargado del tratamiento de datos estén establecidos en la UE/EEE.

Se hará referencia a la conveniencia de permitir este tipo de externalización mediante un sistema de autorización idéntico al previsto para los encargados establecidos fuera de la UE/EEE.

## **1.2. Subcontratación múltiple**

El Grupo de trabajo es consciente de la necesidad de adaptar las cláusulas contractuales tipo a la nueva dimensión transnacional del tratamiento de datos personales teniendo en cuenta, en particular, la extendida práctica de «subcontratación» de determinadas operaciones de tratamiento.

Dadas estas premisas, el Grupo de protección toma nota de la inclusión de una cláusula de subcontratación en las cláusulas contractuales tipo «del responsable al encargado», siempre que dicha cláusula se formule de conformidad con el plan contenido en el documento mencionado en la cláusula nº 11 (es decir, como un acuerdo escrito entre el importador de datos y el subcontratista basado en el consentimiento escrito previo del exportador de datos, y basado en las cláusulas contractuales tipo «del responsable al encargado»).

La subcontratación de las operaciones de tratamiento consiste, principalmente, en la designación de entidades establecidas en terceros países como encargados del tratamiento de datos. Con frecuencia, los terceros países en cuestión no garantizan las garantías adecuadas y los datos tratados también están sujetos a la aplicación de las leyes locales.

Al mismo tiempo, el Grupo de protección hace un llamamiento a la Comisión para que evalúe atentamente la conveniencia de que un subencargado pueda también concertar acuerdos de subcontratación del tratamiento con otras terceras partes; en particular, en el caso de tratamiento de datos confidenciales o en el caso de operaciones de tratamiento que entrañen riesgos específicos para los interesados (es decir, datos biométricos, datos genéticos, datos judiciales, datos financieros, datos sobre niños, realización de perfiles).

Esto dará lugar, de hecho, a grandes redes de subcontratistas que podrían actuar con independencia de las instrucciones del responsable del tratamiento; además, será difícil «seguir la pista» a los diversos subcontratistas a efectos de determinar las funciones y responsabilidades atribuidas a las entidades individuales.

En su documento de trabajo «Conclusiones preliminares sobre la utilización de disposiciones contractuales en caso de transferencia de datos personales a terceros países», el Grupo de protección indicó que el contrato debería excluir expresamente las transferencias sucesivas a organismos u organizaciones no vinculados por el contrato, a menos que se pueda obligar por contrato a estas terceras partes a respetar los mismos principios de protección de datos. Este es el objetivo del proyecto de Decisión de la Comisión<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Documento del Grupo de protección 9, de 22 de abril de 1998  
[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1998/wp47en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1998/wp47en.pdf)

El Grupo de trabajo es plenamente consciente del actual modelo organizativo de los mercados a escala mundial, en los que largas cadenas de subcontratistas forman parte integrante de la estructura empresarial internacional.

En este contexto, un sistema de cláusulas contractuales tipo que prevea una única fase de subcontratación del tratamiento (del importador de datos a un subcontratista del tratamiento) no es idóneo en la actual situación del sector.

En consecuencia, el Grupo de trabajo ha decidido aceptar la introducción de una cláusula de subcontratación múltiple, siempre que se establezcan las garantías adecuadas para proteger a los interesados frente a los riesgos anteriormente mencionados.

La aplicación de cláusulas contractuales en todas las fases de las operaciones de subcontratación introducirá una mayor uniformidad en el sector, ya que todos los subcontratistas de operaciones de tratamiento reguladas por cláusulas contractuales tipo estarán sujetos a las mismas cláusulas y estipulaciones. Además, esto simplificará la situación actual y aumentará la seguridad jurídica, por lo que no está claro que los importadores de datos que subcontratan sus actividades de tratamiento con otros subencargados necesiten el consentimiento escrito previo del responsable de datos, e impondrá obligaciones contractuales que garantizarán el mismo nivel de protección que ofrecen las cláusulas contractuales.

En consonancia con este razonamiento, puede considerarse que una cláusula de subcontratación «múltiple» es legal si la decisión de confiar el tratamiento a otro subcontratista va unida a una evaluación detallada de los requisitos específicos y de las características de las operaciones de tratamiento que justifican esa decisión. La evaluación tendrá que ser especialmente precisa cuando las fases de subcontratación sean numerosas, y deberá prestar especial atención al principio de limitación de finalidad con objeto de garantizar que el objetivo inicial para el que el responsable transfirió los datos al importador para los servicios de tratamiento no es modificado por los diferentes contratos de subtratamiento que puedan concluirse.

A partir de estas premisas, el establecimiento de un sistema de subcontratación del tratamiento que atribuya a múltiples subcontratistas una parte del tratamiento es una opción interesante que el Grupo de protección puede apoyar, si se cumple la condición previa de la existencia de requisitos técnicos y organizativos específicos que deberá cumplir el responsable del tratamiento en las condiciones anteriormente descritas. A este respecto, el exportador de datos también debería aportar soluciones organizativas que faciliten el ejercicio de los derechos de los interesados (acceso, rectificación, objeción, supresión, etc.) Esto puede implicar, por ejemplo, la especificación de un punto de contacto único común para que los interesados ejerzan sus derechos de acceso (en la sede del responsable del tratamiento), o el desarrollo de procedimientos claros - que se darán a conocer a todos los encargados y subencargados - para suministrar a los interesados los datos personales a los que hayan solicitado el acceso.

El Grupo de protección del artículo 29 considera que la cláusula 11 – Subcontratación – del proyecto de Decisión de la Comisión contiene los elementos necesarios para garantizar adecuadamente que la cadena completa de posibles operaciones de subcontratación del tratamiento siga manteniendo el nivel de protección establecido en las cláusulas contractuales tipo. Además, las obligaciones impuestas en la cláusula 4 (obligaciones del exportador de datos) y la cláusula 5 (obligaciones del importador de datos) garantizarán que el responsable y el encargado estén obligados a garantizar este nivel de protección en todas las fases de la

subcontratación. A este respecto, el Grupo de trabajo propone que, paralelamente a la obligación impuesta al importador de datos (encargado) de enviar una copia de todos los subcontratos que concluya al exportador de datos, éste lleve una lista actualizada de los responsables individuales y subcontratistas que forman la «cadena de contratos».

En esta misma línea, la competencia de las autoridades de protección de datos para realizar auditorías al importador de datos y a sus subcontratistas será fundamental para garantizar el cumplimiento de las cláusulas contractuales y del nivel de protección requerido por todos los subcontratistas que intervengan en las actividades de tratamiento de datos personales transferidos que estén sometidos a cláusulas contractuales tipo.

## **2. Otros asuntos**

### **2.1 Auditorías**

Las cláusulas contractuales tipo propuestas preverán la posibilidad de que las autoridades de protección de datos tengan las competencias necesarias para inspeccionar la cadena completa de la subcontratación del tratamiento: el responsable, el encargado o los encargados, el subcontratista del tratamiento; y, en su caso, de que adopten decisiones vinculantes para éstos. En consecuencia, el Grupo de protección recomienda adaptar la cláusula 8 (cooperación con las autoridades de control).

### **Legislación aplicable**

La cláusula 9 de las cláusulas contractuales existentes establece que las cláusulas estarán sujetas a la legislación del Estado miembro en que esté establecido el exportador de datos. Para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia, se declarará que la legislación aplicable a los contratos concluidos para servicios de tratamiento será también la legislación del Estado miembro en que esté establecido el exportador de datos.

### **Consecuencias para las antiguas cláusulas**

El proyecto de Decisión de la Comisión propone derogar la Decisión 2002/16/CE. Se plantea la cuestión de si los contratos de transferencia concluidos entre responsables de la UE/EEE y encargados de terceros países mediante la aplicación de las cláusulas contractuales tipo de la Decisión 2002/16/CE deben derogarse también y, en consecuencia, convertirse en un nuevo conjunto de cláusulas contractuales «del responsable al encargado». El requisito de adaptar todos los contratos existentes celebrados en virtud de las cláusulas contractuales de la Decisión 2002/16/CE de la Comisión creará una carga significativa y desproporcionada tanto para las partes como para las autoridades de protección de datos.

No obstante, puede que mantener en vigor las cláusulas contractuales aprobadas por la Decisión 2002/16/CE no sea mejor solución que volver a autorizar los actuales acuerdos internacionales de transferencia. Esto podría causar inseguridad jurídica.

La solución que propone el Grupo de protección es que la Comisión incluya disposiciones transitorias en la propia Decisión (tal vez en el artículo 6) que establezcan que las transferencias internacionales autorizadas con arreglo a la Decisión 2002/16/CE derogada sigan vigentes mientras no cambien las transferencias y el tratamiento de datos descritos en las cláusulas contractuales firmadas inicialmente. Ahora bien, si las empresas que han

utilizado las «antiguas» cláusulas desean modificarlas o introducir acuerdos de subcontratación del tratamiento, deberán modificar las cláusulas «antiguas» para adecuarlas a las nuevas cláusulas contractuales tipo y solicitar una nueva autorización con arreglo a la legislación nacional.

### **Conclusiones**

De acuerdo con las anteriores recomendaciones, el Grupo de protección emite su dictamen favorable al proyecto de Decisión de la Comisión sobre cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento de datos establecidos en terceros países, y pide al Comité del artículo 31 que prosiga sus trabajos con vistas a la adopción del proyecto de Decisión de la Comisión.

Hecho en Bruselas, el 5 de marzo de  
2009.

*Por el Grupo de Protección*  
*El Presidente*  
*Alex TÜRK*