

Corresponsables del tratamiento: régimen jurídico y aplicación práctica

Geijo Castany, Miguel

Comentarios



Miguel Geijo Castany

Director del departamento Mercantil en Broseta Abogados

Responsable del área de Privacidad, IT y Entornos Digitales

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE «CORRESPONSALÍA»

1.1. Ubicación de los corresponsables del tratamiento: las figuras del responsable y el encargado

Antes de entrar propiamente en el análisis de los artículos 28 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (LA LEY 6637/2016), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) («**RGPD**») y 29 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LA LEY 19303/2018) («**LOPDGDD (LA LEY 19303/2018)**») que regulan la situación de corresponsabilidad entre responsables del tratamiento o, lo que es lo mismo, el régimen aplicable en caso de que coexistan dos o más responsables en una o varias operaciones de tratamiento, es preciso traer a colación, aunque sea de forma muy ejecutiva, los conceptos jurídicos de responsable y encargado del tratamiento, cuya definición se contiene en los apartados 7 y 8 del artículo 4 del RGPD (LA LEY 6637/2016):

«7) "responsable del tratamiento" o "responsable": la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

8) "encargado del tratamiento" o "encargado": la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;»

Por otro lado, a fin de clarificar el alcance de los mencionados conceptos, el artículo 33 de la LOPDGDD (LA LEY 19303/2018) en sus dos primeros apartados viene a señalar (i) que el acceso por un encargado no es una comunicación de datos; (ii) que será responsable quién en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados así como; (iii) que tiene asimismo la consideración de responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilizase los datos para sus propias finalidades.

El RGPD no establece en sus considerandos ninguna aclaración acerca de la extensión de los conceptos de responsable y encargado del tratamiento, si bien es muy relevante el Dictamen 1/2010, de 16 de febrero de 2010 del Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) (en adelante, el «**Dictamen 1/2010**») (1), pues no solo su contenido es de mucha utilidad para identificar situaciones donde coexisten corresponsables sino también porque la regulación del RGPD atiende en buena medida a lo allí indicado.

En el ámbito supranacional (2), resulta sumamente ilustrativo el apartado 22 de la Memoria Explicativa del Convenio 223 del Consejo de Europa, por el que se modifica el Convenio 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de

las personas en relación con el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, aprobado por el Comité de Ministros el 18 de mayo de 2018 y firmado por España el 10 de octubre de 2018, cuando señala que:

«Responsable del tratamiento» refiere a la persona u organismo que tiene la facultad de tomar decisiones relacionadas con los propósitos y medios del tratamiento, ya sea que esta facultad derive de una designación legal o circunstancias de hecho que serán evaluadas caso a caso. En algunos casos, podrán existir múltiples responsables del tratamiento o corresponsables del tratamiento (responsables conjuntamente del tratamiento y posiblemente responsables por diferentes aspectos de dicho tratamiento). Al evaluarse si la persona o el organismo es responsable del tratamiento, se deberá tomar especialmente en cuenta si esa persona u organismo determinan las razones para justificar el tratamiento, dicho de otra forma, sus propósitos y los medios que utilizan para ello. Otros factores relevantes en dicha evaluación incluyen si la persona o el organismo tienen control sobre los métodos del tratamiento, la elección de los datos a tratar y quién tiene permitido el acceso a ellos. Aquellos que no se encuentran directamente sujetos al responsable del tratamiento y llevan a cabo el tratamiento en representación del responsable del tratamiento, y solo siguiendo las instrucciones del responsable del tratamiento, serán considerados encargados del tratamiento».

1.2. Delimitación de la figura de los corresponsables del tratamiento por el GT29

En efecto, no puede afirmarse que las autoridades hayan ignorado los escenarios de corresponsables que hoy regula el RGPD. Así, el Dictamen 1/2010 analiza el concepto de responsable de la Directiva desgranando la definición allí contenida que reconoce la pluralidad de responsables a partir de su propia definición (*«que solo o conjuntamente con otros»*). Admite pues el GT29 que es posible que en una o varias operaciones de tratamiento puedan intervenir varios responsables, de manera simultánea o en distintas fases, destacando ya entonces que lo relevante es que en estos casos, las funciones y responsabilidades puedan asignarse con facilidad y realizando una evaluación del control conjunto desde un enfoque sustantivo y funcional.

No se estará ante corresponsables del tratamiento aun cuando participen varios agentes, cuando lo que se produzca sea un «intercambio de datos entre dos partes sin compartir finalidad o medios en un set de operaciones común»

En cambio, no estaremos ante corresponsables del tratamiento aun cuando participen varios agentes, cuando tenga lugar un «intercambio de datos entre dos partes sin compartir finalidad o medios en un set de operaciones común» ya que estaremos ante una transferencia de datos entre responsables separados».

1.3. Delimitación jurisprudencial

La situación en la que coexisten varios responsables para las operaciones de tratamiento ha sido sucesivamente perfilada por el Tribunal de Justicia de la Unión («**TJUE**»), a través de varias sentencias dictadas en los años 2018 y 2019. La última de ellas, de 19 de julio de 2019 (Asunto C-40/17, Fashion ID GmbH & Co. KG) resume, en sus párrafos 65 a 74, la doctrina del TJUE (3)

Así, se reconoce la amplitud del concepto responsable del tratamiento; se afirma que tal amplitud tiene como objetivo una protección eficaz y completa de los interesados; se indica que el propio concepto de responsable alude a la posibilidad de que varios agentes actúen como responsables del tratamiento al determinar los fines y los medios quedando cada uno sujeto a las disposiciones aplicables en materia de protección de datos.

Admite incluso la posibilidad de que alguno de los corresponsables no tenga acceso a los datos personales en cuestión así como que tal responsabilidad conjunta no supone necesariamente que, con respecto a un mismo tratamiento de datos personales, los diversos agentes tengan una responsabilidad equivalente, pudiendo estar implicados en distintas etapas y en distintos grados. Finalmente, admite que habrá ocasiones en las que exista una cadena de tratamientos, en los que los agentes no determinen conjuntamente los medios o los fines, en cuyo caso no concurre un escenario de corresponsalía.

Así, trayendo a colación diversos precedentes, en el asunto C-40/17 el TJUE consideró que *«el concepto de «responsable del tratamiento» (...) comprende al administrador de una página de fans alojada en una red social»* afirmando que *«(...) la creación de una página de fans en Facebook implica por parte de su administrador una acción de configuración, en función, entre otros aspectos, de su audiencia destinataria, así como de los objetivos de gestión o de promoción de sus actividades, que influye en el tratamiento de datos personales a efectos de la*

elaboración de las estadísticas establecidas a partir de las visitas de la página de fans. El administrador puede, gracias a filtros que Facebook pone a su disposición, definir los criterios a partir de los cuales deben elaborarse esas estadísticas e incluso designar las categorías de personas cuyos datos personales serán objeto de explotación por parte de Facebook. Por consiguiente, el administrador de una página de fans alojada en Facebook contribuye al tratamiento de los datos personales de los visitantes de su página».

Entre las sentencias que cita es relevante la del TJUE de 10 de julio de 2018, Asunto C-25/17 (LA LEY 80002/2018), en la que se afirma que *«una comunidad religiosa es responsable, junto con sus miembros predicadores, de los tratamientos de datos personales efectuados por estos últimos en relación con una actividad de predicación puerta a puerta organizada, coordinada y fomentada por dicha comunidad, sin que sea necesario que la comunidad tenga acceso a los datos ni haga falta demostrar que ha impartido a sus miembros instrucciones por escrito o consignas en relación con esos tratamientos».* De esta misma resolución judicial (4) resulta asimismo relevante destacar cuando el Tribunal afirma que *«los agentes pueden estar implicados en distintas etapas del tratamiento y en distintos grados, de modo que el nivel de responsabilidad de cada uno de ellos debe evaluarse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso concreto».* Se produce por tanto una situación de corresponsabilidad, como afirma este Tribunal, cuando una persona física o jurídica *«atendiendo a sus propios objetivos, influye en el tratamiento de datos personales y participa, por tanto, en la determinación de los fines y los medios del tratamiento».*

2. RELACIONES ENTRE LOS CORRESPONSABLES

Establece el artículo 26.1 del RGPD (LA LEY 6637/2016) que:

«Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento».

El primer ejercicio a realizar con ocasión de un tratamiento en el que participan varios agentes, es indagar si estamos en este supuesto, siendo necesario conocer qué criterios, aspectos o circunstancias son relevantes a tal fin, tarea que puede ser ardua en caso de tratamientos complejos en los que participan, como decimos, en distintas formas y en distinto grado, diversos operadores.

A este fin, y siguiendo los criterios contenidos en el precitado Dictamen 1/2010, debe realizarse un análisis desde un enfoque «autónomo» — esto es, desde la perspectiva de la normativa sobre protección de datos sin injerencias de otras ramas del Derecho— y «funcional» en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad real de influencia sobre el tratamiento por los agentes. Se trata pues de un análisis de los hechos más que de un análisis meramente formal.

Desde un punto de vista práctico, hay que indagar sobre aspectos como quién toma la iniciativa que comporta el tratamiento de datos personales y quién por tanto, determina los medios y los fines del mismo; si los intervinientes tienen objetivos (finalidades) comunes; si se están determinando conjuntamente o se tiene un control sobre los elementos esenciales (medios) del tratamiento o, por ejemplo, quién elige a los encargados del tratamiento.

Por tanto, eventualmente, habría al menos dos criterios que pueden coadyuvar en dicho análisis:

i) Todas las partes intervinientes deben tomar decisiones sobre los fines o sobre los elementos (medios) esenciales del tratamiento.

La identificación de quién fija los fines del tratamiento, dado que estos se asocian a los resultados que se pretenden con el mismo, se puede obtener a partir de contestar la pregunta del «porqué» se realiza.

La identificación de quién fija los fines, dado que estos se asocian a los resultados que se pretenden con el tratamiento, se puede obtener a partir de contestar la pregunta del «porqué» se realiza el tratamiento. La determinación de los medios respondería a la pregunta «cómo» se produce tal tratamiento. Además, el «cómo» está referenciado al control de los medios y, naturalmente, a los mismos medios, siendo así que estos deberán estar referidos a elementos esenciales o capitales del tratamiento. Así, qué datos serán objeto de tratamiento; la duración del mismo o los posibles encargados del tratamiento son elementos relevantes.

Sobre este particular, resulta sumamente ilustrativa la sentencia

antes citada del TJUE (asunto C-40/17) en la que se analiza un supuesto en el que se inserta un módulo social («me gusta») de Facebook en una página web, y se posibilita la transmisión y posterior tratamiento de los usuarios de la web a la red social, sean o no miembros de la misma. En relación con el tratamiento de los datos que comporta su recogida y transmisión a Facebook a través de la inserción de tal módulo social, el Tribunal no tiene dudas de que se trata de una situación de responsabilidad conjunta del titular de la web y de Facebook; la determinación del medio es tomada conjuntamente (ofrecida por la red social y consentida explícita o implícitamente por el titular de la web) y, respecto de los fines, éstos son coincidentes, pues al titular de la web tal inserción le permite optimizar la publicidad de sus productos (al ser más visibles en la red social) y la red social puede tratar los datos para sus propios fines comerciales. No se aprecia sin embargo tal corresponsabilidad respecto a los tratamientos ulteriores que pueda realizar la red social respecto de los datos así obtenidos.

Por exclusión, el escenario en el que varias partes cooperan en un tratamiento no tiene porqué conllevar necesariamente una situación de corresponsabilidad, pues pueden haber tratamientos en cadena. Así por ejemplo, una comunicación de datos entre responsables que conlleva distintos fines y medios, no puede conceptuarse como una corresponsalía (5) .

En cualquier caso, reitero que el contenido del Dictamen 1/2010 del GT29, y en particular los múltiples ejemplos que se insertan en el mismo es o puede ser de gran ayuda para identificar con éxito situaciones como la que nos ocupan (6) , sin perjuicio de poder acudir a otras fuentes (7) .

ii) El grado de intervención o de involucración de cada una de las partes en las distintas fases del tratamiento, que no tiene porqué ser necesariamente equivalente.

Como se ha indicado, no obsta para la concurrencia de la «corresponsalía» que el grado de participación y por tanto de las obligaciones y consiguientes responsabilidades de los agentes no sean equivalentes.

En otro orden de cosas, puede resultar interesante hacer mención a dos supuestos donde tiene lugar la concurrencia de corresponsables en los que las obligaciones y atribuciones de responsabilidades o están previstas en la normativa o se infieren de la misma.

El primero de ellos es el regulado en el artículo 20 LOPDGDD (LA LEY 19303/2018), sobre los sistemas de información crediticia, en el que participan múltiples responsables (las entidades acreedoras que participan y el promotor titular/gestor del sistema común) y en relación al tratamiento de los datos de los deudores se observa un reparto de responsabilidades en atención a sus respectivas obligaciones. Sin ánimo exhaustivo, el principio de calidad de la deuda (su existencia y exigibilidad o cuantía) es exigible a los acreedores, mientras que el titular del sistema de información tendrá responsabilidades en relación a la correcta y adecuada gestión del sistema que «almacena» los datos y el buen funcionamiento del mismo. Una situación similar, aunque no se fije explícitamente su régimen, podría ser predicable de otros tratamientos comunes, por ejemplo en el ámbito del *compliance corporativo*.

Otro supuesto interesante de concurrencia de corresponsables, es el de los ensayos clínicos (investigación clínica). En este caso coexisten varios responsables del tratamiento, esto es, el promotor que establece los criterios para la selección de los participantes en la investigación clínica; el investigador principal que es el responsable de cumplir materialmente la mayor parte de las obligaciones contenidas en el protocolo junto con el centro donde se desarrolla el mismo. Es destacable que, en la medida en que el promotor trata datos seudonimizados y el centro e investigador conoce a los afectados, sus respectivas responsabilidades difieren.

3. EL ACUERDO ENTRE LOS CORRESPONSABLES

Señala el artículo 26 del RGPD (LA LEY 6637/2016) la necesidad de que los corresponsables determinen «de modo transparente» y de mutuo acuerdo «sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones del RGPD» con expresa mención al ejercicio de los derechos del interesado y a las obligaciones de transparencia e incluso detallando la necesidad de designar un punto de contacto para dichos interesados. No será necesaria tal atribución de responsabilidades, naturalmente, si el propio Derecho de la Unión o los Estados miembros ya lo hace.

Es también relevante que dicho precepto, en su apartado tercero, fija una responsabilidad solidaria frente al

interesado, quién puede ejercer los derechos reconocidos en el RGPD «*frente a, y en contra de, cada uno de los responsables*». Finalmente, el apartado segundo *in fine* ordena la puesta a disposición de los «aspectos esenciales» de dicho acuerdo.

El fin que persigue el art. 26 RGPD es garantizar el pleno cumplimiento de las normas de protección de datos y, consiguientemente, la efectiva protección de los derechos de los interesados,

fijando una responsabilidad solidaria de todas las partes.

Dejando a un lado que el término utilizado es el de «acuerdo» — por contraposición al «contrato» entre un responsable y un encargado — lo que parece dar a entender que hay flexibilidad en cuanto al formato, a mi juicio lo relevante del precepto es el fin que persigue, que no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las normas de protección de datos y, consiguientemente, la efectiva protección de los derechos de los interesados. Ello se consigue desde luego con una clara atribución de obligaciones y responsabilidades, respecto de las cuales las partes tendrían cierto margen de libertad, siempre y cuando velen por su pleno cumplimiento. De no ser así, se correría el riesgo de convertir en ilícito todo el tratamiento debido a la falta de transparencia; se violaría el principio de tratamiento justo y se mermarían los derechos de los interesados. A mi parecer, lo que pretende la norma es fijar una responsabilidad solidaria de todas las partes como medio para eliminar incertidumbres y, en consecuencia, sólo debe presumirse que

existe tal responsabilidad solidaria cuando las partes implicadas no hayan establecido una asignación alternativa, clara e igualmente eficaz de las obligaciones y responsabilidades o cuando ésta no emane claramente de las circunstancias de hecho. A partir de tal responsabilidad solidaria, eventualmente la parte no cumplidora podrá repetir frente a la incumplidora.

Sentado lo anterior, el artículo 29 LOPDGDD (LA LEY 19303/2018) añade que la determinación de la responsabilidad se realice «*atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento*».

En atención a lo anterior, es preciso realizar un ejercicio sobre qué contenido mínimo debe tener un acuerdo de esta naturaleza. Así por ejemplo:

1. Definir con claridad los tratamientos objeto del acuerdo (su alcance).
2. Determinar las respectivas obligaciones de cada una de las partes, en relación con todas y cada una de las obligaciones del RGPD y la LOPDGDD (LA LEY 19303/2018); se trata de fijar qué parte es responsable del cumplimiento de qué obligaciones bajo la normativa.
3. Incluir posibles exenciones de responsabilidad por cada una de las partes, a tenor de las respectivas obligaciones asumidas.
4. Asegurar que cada parte (incluso en caso de que alguna de ellas no trate materialmente los datos) será capaz de gestionar las respuestas a los ejercicios de los interesados, con especial atención al derecho de información que incluye posibilitar el derecho del interesado a obtener información sobre los aspectos esenciales del acuerdo que nos ocupa.
5. Fijar protocolos o procesos de actuación en caso de eventuales reclamaciones y, partiendo de una recíproca obligación de colaborar activa y, en su caso, coordinadamente, fijar posibles escenarios en función del eventual incumplimiento objeto de la denuncia.

Por último, por lo que se refiere al mandato relativo a la puesta a disposición del interesado de los «aspectos esenciales» del acuerdo, entiendo tal previsión no como una obligación que deban realizar los corresponsables *motu proprio*, sino que tiene que venir necesariamente de una solicitud de algún interesado. Dicho de otro modo, tales aspectos esenciales no conformarían parte del deber de información a que se refieren los artículos 13 (LA LEY 6637/2016) y 14 del RGPD (LA LEY 6637/2016). Se trataría, *mutatis mutandis*, de un supuesto similar a las previsiones contenidas en las cláusulas contractuales para la transferencia de datos personales a un tercer país (8) que se refieren a la *puesta a disposición* de los interesados de las mismas, «*a petición de*» éstos.

(1) Este Dictamen no ha sido ratificado por el Comité Europeo de Protección de Datos

(2) Sin perjuicio del documento «*Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725 del EDPS*».

-
- (3) Esta relevante sentencia recoge anteriores como las de 13 de mayo de 2014, *Google Spain y Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, y de 5 de junio de 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, EU:C:2018:388; la de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat*, C 25/17, EU:C:2018:551.
-
- (4) El caso sometido a cuestión prejudicial se refiere a la responsabilidad de la comunidad de los Testigos de Jehová en relación con los tratamientos de datos que llevaban a cabo sus miembros finlandeses como consecuencia de la predicación «puerta a puerta», sin que la comunidad, como tal, accediese a los datos recabados, excepción hecha de una lista denominada de prohibiciones.
-
- (5) En este sentido el ejemplo del GT29, en su Dictamen 1/2010, sobre el flujo de datos desde una agencia de viajes a una compañía aérea y una cadena hotelera.
-
- (6) Por ejemplo, el caso referido a la posición que ocupa una empresa que inicia un proceso de *recruiting* en relación con un head hunter.
-
- (7) Ver el ejemplo accesible en https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_es, relativo a determinados servicios «combinados» en una guardería.
-
- (8) Decisión 2001/497/CE (LA LEY 8300/2001), relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país, modificada por la Decisión 2004/915/CE (LA LEY 11166/2004)
-