

FRANQUICIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA FRANQUICIA COMO CONTRATO Y MODELO DE NEGOCIO. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES. IV. COMUNICACIÓN DE DATOS EN LA FRANQUICIA. A) AMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA CESIÓN DE DATOS. B) REQUISITOS LEGALES DE LA COMUNICACIÓN DE DATOS. C) LA COMUNICACIÓN DE DATOS EN LA FRANQUICIA

I. INTRODUCCIÓN

Desde que, a mediados del siglo XIX, la *Singer Sewing Machine Company* decidió modificar su modelo de negocio, seleccionando comerciantes locales a los que ceder el derecho de venta en exclusiva de sus máquinas de coser, con el compromiso de enseñar a los compradores a utilizarlas, la franquicia (*franchising*), como modelo de negocio, no ha dejado de crecer.

En España, por ejemplo, a finales del siglo XX (año 1995) el número de franquiciadores activos era de 281. 24 años después, según el informe de 2020 -último disponible- de la Asociación Española de Franquiciadores¹, operaban en nuestro país 1.381 firmas, con una facturación al cierre de 2019 de 26.154,3 millones de euros.

Llama la atención que, a pesar de su creciente relevancia social y económica, la franquicia esté tan deficientemente regulada, pues, en el Derecho nacional español, se ocupan de ella dos únicas normas.

La primera de ellas es la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, que dedica a la franquicia un solo precepto, el 62, el cual, conforme al Derecho de la Unión Europea², ha sido objeto de desarrollo por la segunda

¹<http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2020/03/Informe-de-la-AEF-La-Franquicia-en-España-2020.pdf>

² “en especial dos de sus disposiciones. Por un lado, el Reglamento único de exención 2790/1999, de 22 de diciembre (Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas) que vino a derogar y a sustituir al anterior reglamento de exención por categorías de acuerdos de franquicia (el Reglamento (CEE) n.º 4087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia), y es de aplicación directa a los acuerdos de franquicia que afectan al mercado

de las normas anteriormente aludidas, que es el *Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores*, (en adelante, Real Decreto 201/2010, de régimen de franquicia) regulación que tampoco aporta demasiado, pues este Real Decreto, tras la derogación de parte de su articulado a finales de 2018³, en la actualidad solo consta de cuatro preceptos⁴.

Como era de esperar, tal precariedad regulatoria deja abundantes zonas de oscuridad que, unas veces, completan los Tribunales de Justicia⁵ y, otras, la doctrina⁶ o corporaciones privadas de distinto tipo⁷.

En el presente trabajo nos vamos a ocupar de uno de estos ámbitos de penumbra normativa, como son las relaciones de la franquicia con la vigente legislación sobre protección de datos de carácter personal, materia ausente de regulación específica.

Pero antes de ponernos con ello, resulta imprescindible abordar, aunque sea de forma necesariamente somera, el concepto y naturaleza jurídica del contrato de franquicia.

II. LA FRANQUICIA COMO CONTRATO Y MODELO DE NEGOCIO

comunitario y al nacional. Por otro lado, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios), se ha tenido en cuenta a efectos de racionalizar, simplificar y omitir barreras innecesarias en el acceso y prestación de los servicios, coadyuvando a mejorar la regulación del registro existente hasta el momento”. Preámbulo Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia.

³ Por la Disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

⁴ Una relación bastante completa de otras normas relacionadas con el contrato de franquicia puede consultarse en PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER: <<El contrato de franquicia. Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado>>. Tesis doctoral. Granada, diciembre de 2014. Págs. 162 a 174.

⁵ Ordenadas cronológicamente (años 2006-2020), la página <https://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2021/06/Quinto-Observatorio-Jurisprudencia-de-Franquicias-AEF.pdf>, contiene una reseña de las sentencias más relevantes en materia de franquicia.

⁶ Por solo citar tres trabajos universitarios relativamente recientes, los tres con abundante cita bibliográfica:

DEL RÍO GIL, MÓNICA: <<La franquicia como modelo de desarrollo empresarial>>. Trabajo Fin de Grado. Facultad de Ciencias Empresariales y del Trabajo de Soria. Noviembre de 2020.

AYALA REYERO, LAURA: <<Análisis de la relación de franquicia: estructura de propiedad>>. Trabajo Fin de Grado. Facultad de Economía y Empresa. Universidad de La Coruña. Año 2017.

PÉREZ SERRABONA, FRANCISCO JAVIER: <<El contrato de franquicia. Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado>>. Tesis doctoral. Granada, diciembre de 2014.

⁷ En España existen dos Asociaciones privadas que realizan diversas actividades y estudios sobre franquicia, que son la Asociación Española de Franquiciadores (AEF) y la Asociación Española del Franquiciado (AEDEF). En el extranjero contamos con *World Franchise Council* (WFC) y *European Franchise Federation* (EFF).

La franquicia (*franchising*) puede ser estudiada desde dos puntos de vista, esto es, como estrategia de mercado y como modalidad contractual.

a) Como estrategia de mercado, seguida por un buen número de multinacionales (Coca Cola, General Motors, Hertz, McDonald's, Burger King, etc.), la franquicia es un sistema de organización empresarial caracterizado por:

- Un empresario que comercializa su modelo mercantil, adoptando la posición de franquiciador (*franchisor*), a terceros empresarios, que adoptan la posición de franquiciados (*franchisee*).

Es cierto que, en ocasiones, el franquiciador comercializa su modelo mercantil en un país o territorio de mayor envergadura a través de un franquiciado principal (*master franchisee*) que, a su vez, está facultado para autorizar la entrada en la estructura a franquiciados locales. Por sus particularidades, no entraremos en este supuesto, si bien, en general, cuando nos refiramos al franquiciador, la posición del franquiciado principal sería análoga a la de aquel.

- Los franquiciados se integran en la red de comercialización del franquiciador, siguiendo sus directrices, supervisión y apoyo.

- Franquiciador y franquiciados operan como un colectivo de apariencia homogénea en el mercado, de modo que se les identifica por los consumidores como un mismo origen empresarial de productos y servicios.

Desde este punto de vista, la franquicia aparece como una red de establecimientos que cooperan en la distribución de determinados productos o servicios, bajo una denominación mercantil común, para la explotación conjunta de unos mismos derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad del franquiciador, que este mismo controla y supervisa de forma no siempre evidente para el consumidor.

b) Desde una perspectiva contractual, la franquicia es una modalidad de contrato de colaboración mercantil entre dos empresarios. Esta consta de una definición legal recogida en el art. 2.1 del Real Decreto 201/2010, de régimen de franquicia, según el cual, por el contrato de franquicia <<una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con

suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.

b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y

c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente>>⁸.

Cumpliendo estos requisitos básicos, las modalidades de franquicias son innumerables, distinguiendo, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Caso nº 161/1984. *Pronuptia*) entre:

1.º Franquicia de servicios: en virtud de la cual el cesionario ofrece sus servicios utilizando los signos distintivos del empresario franquiciador, de conformidad con las directrices de este último.

2.º Franquicia de producción: aquella en la que el franquiciado produce los bienes directamente, según las instrucciones recibidas del cedente, y empleando en los productos los signos distintivos del empresario.

3.º Franquicia de distribución: en la que el franquiciador facilita al franquiciado los productos, que el franquiciado se limita a vender en un comercio que es identificado bajo los signos distintivos del franquiciador.

De otro lado, nada impide que, junto a estas tipologías generales de franquicia, y haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad que rige la contratación mercantil (art. 50 Cód. Com., en relación con el art. 1255 CC), las partes convengan la creación de formas de franquicia híbridas a las anteriormente señaladas o incluso otras completamente nuevas, siempre que respeten la naturaleza y fines esenciales de esta modalidad contractual.

⁸ “El Código Deontológico Europeo de la Franquicia (*European Franchise Federation*, 2016) plantea una definición similar a las mencionadas, pero pone de manifiesto un elemento fundamental que aparece recogido en las definiciones anteriores de manera implícita: “la independencia jurídica y financiera entre el franquiciador y el franquiciado”. DEL RÍO GIL, MÓNICA: <<La franquicia como modelo...>>. Op. Cit. Pág. 4.

En definitiva, según acabamos de exponer, externamente, la franquicia aparece como una red de empresarios con objetivos comerciales comunes⁹, mientras que, *ad intra*, la franquicia es un negocio jurídico, cercano a los contratos de agencia o concesión mercantil, del que nacen derechos y obligaciones recíprocos para los contratantes.

A este respecto, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, en adelante), en sus Informes 389/2003 y 0263/2009, afirmó que del concepto legal de franquicia “se desprende, obviamente, la distinta personalidad jurídica de las partes intervinientes en el contrato, así como el hecho de la absoluta independencia de las mismas en lo que al régimen de personal y clientela se refiere”.

De la total independencia contractual y jurídica entre franquiciador y franquiciado, la AEPD extrajo estas dos consecuencias:

1.^a Tratándose de dos entidades comerciales diferenciadas, ambas deben cumplir “independiente y separadamente” con sus respectivas obligaciones legales.

2.^a La singularidad jurídica del franquiciador y el franquiciado hace que “cualquier intercambio de datos entre entidades franquiciadas constituya una auténtica cesión de datos de carácter personal”.

Pasemos, ahora, a examinar el carácter jurídico de la actividad que desarrollan el franquiciador y el franquiciado, en relación con los datos de carácter personal que manejan en el ejercicio de la actividad comercial común.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES

Queda fuera de toda duda que la actual normativa de protección de datos, nacional y de la Unión Europea, obliga, en igual medida a franquiciador y franquiciado.

El problema es conocer en calidad de qué, pues la vigente normativa de protección de datos no contiene un reparto específico de roles jurídicos entre los

⁹ “Esta fórmula de comercio asociado contractual configura todo un sistema de colaboración y comercialización caracterizado por su naturaleza dual o híbrida, en el que conviven unidades propiedad del franquiciador –al menos una ante la necesidad de contar con un establecimiento piloto– y franquiciadas, cuya proporción varía en virtud de la estrategia adoptada por el franquiciador”. AYALA REYERO, LAURA: <<Análisis de la relación de franquicia...>>. Op. Cit. Pág. 19.

componentes de la franquicia, que determine la posición de cada uno de ellos en relación con el tratamiento de los datos personales que manejan en el ejercicio de sus respectivas actividades comerciales, por lo que deberá determinarse esta posición caso por caso.

La vigente normativa de protección de datos admite las siguientes posibles alternativas:

1.^a Cuando operen con independencia, franquiciador y franquiciado serán Responsables del tratamiento (según se define este en el art. 4.7 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, en adelante RGPD¹⁰) respecto de sus propios tratamientos de datos, así como corresponsables de los tratamientos cuyos medios y fines determinen de forma común (art. 26.1 RGPD).

2.^a Lo habitual es que el franquiciador asuma la condición de único Responsable del tratamiento de los datos personales de todos los usuarios de la franquicia, respecto del tratamiento de gestión de clientela, promoción de servicios de la franquicia y otros tratamientos que se realicen por el franquiciador, con el fin de operar como una estructura cohesionada, ya provengan aquellos datos personales de la gestión de los establecimientos propios o de los franquiciados.

En este segundo supuesto, las empresas franquiciadas, en cuanto integradas en la red y sometidas a la superior dirección comercial del franquiciador, podrán asumir la condición de Encargados del tratamiento (art. 4.8 RGPD), si operan conforme a las finalidades y medios definidos por el franquiciador para el tratamiento de que se trate. O bien podrán ser terceros ajenos al tratamiento, si no participan de este -aunque se beneficien de él-. Piénsese en la ventaja competitiva que, sin su intervención, genera para la franquicia las actividades de promoción que pueda realizar el franquiciador.

3.^a Finalmente, el franquiciador podrá ser Encargado de tratamiento del franquiciado para aquellos tratamientos que realiza bajo las instrucciones de este último, aunque se realicen dentro del esquema de prestaciones definidas por el franquiciador en el contrato de franquicia.

¹⁰ El art. 4.7 RGPD establece que el Responsable del tratamiento es <<la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento>> de los datos personales de los interesados.

Recordemos, que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29), integrado desde el 25 de mayo de 2018 en el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), adoptó un concepto amplio de Responsable, para incluir en él a toda persona, física o jurídica, con capacidad para decidir sobre el tratamiento de datos personales.

Explicuemos algo más detenidamente las posibilidades que acabamos de enunciar.

1.^a Franquiciador y franquiciado son Responsables del tratamiento de los datos personales que utilicen en el ejercicio de su actividad empresarial para sus propios fines y definiendo medios y alcance.

Ya hemos visto que la AEPD consideró en los Informes anteriormente citados que, siendo franquiciador y franquiciado empresas con personalidad jurídica independiente¹¹, ambas deberán asumir la condición de Responsable del tratamiento de los datos personales que manejen en el ejercicio de sus respectivas actividades comerciales, asumiendo las obligaciones (art. 24.1 RGPD¹² y arts. 28 a 32 LO 3/2018, de 5 de diciembre, en adelante LOPDGDD, entre otros) y responsabilidades propias de aquel (arts. 83 y 84 RGPD).

Por tanto, para la AEPD, el franquiciador será Responsable del tratamiento de los datos asociados a la administración de la franquicia, así como de los que deriven de la gestión de los centros propios.

Mientras que la empresa franquiciada, como cualquier otra entidad con personalidad jurídica propia, asumirá la condición de Responsable de los tratamientos que realiza para sus propios fines, tales como su facturación, su contabilidad, la gestión de sus recursos humanos, gestión de proveedores propios, etc.

2.^a Corresponsabilidad de franquiciador y franquiciado por los tratamientos conjuntos.

¹¹ “La consecuencia más evidente de esta afirmación, rotunda, emitida por parte de la autoridad de control es la manifiesta independencia de las partes a la hora de satisfacer cada uno de los deberes y obligaciones legales impuestos por la regulación sobre protección de datos personales; en otras palabras, tanto el franquiciador como el franquiciado tendrán sus propios ficheros (y, por ende, tratamientos) diferenciados, atendiendo a los fines (posiblemente diversos) que cada uno de ellos se proponga alcanzar con los datos personales de los interesados (en esencia, clientes de la actividad, económica y profesional, en que se traduce la franquicia)”. RODRÍGUEZ AYUSO, JUAN FRANCISCO: <<Efectos administrativos de relaciones puramente mercantiles: la configuración jurídica de la franquicia en el juego relacional de la protección de datos>> Diario La Ley. Nº 9855.

¹² Art. 24 RGPD: <<1. Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.

2. Cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento, entre las medidas mencionadas en el apartado 1 se incluirá la aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos>>.

Sin perjuicio de la independencia jurídica de los componentes de la franquicia, resulta que, en la práctica comercial corriente, el franquiciador, además de manejar los datos propios de su actividad, también tiene acceso a otros provenientes de la red de centros franquiciados, que le son comunicados por estos conforme a las instrucciones dadas por el franquiciador. Por ejemplo, para el mejor diseño de estrategias comunes de venta¹³.

Pues bien, respecto del tratamiento de esta clase de datos, el franquiciador habitualmente no será un simple Encargado del tratamiento, pues el tratamiento de los datos provenientes de los centros franquiciados se realizará bajo su exclusiva responsabilidad (determinando, como dice el art. 4.7 RGPD, <<los fines y medios del tratamiento>>) y no por cuenta, en beneficio o bajo la dirección de las empresas franquiciadas, que son quienes, en primer término, disponen de ellos para luego transmitirlos al dueño de la franquicia.

En estos casos sobre los datos recibidos de los centros franquiciados, la empresa franquiciadora siempre será Responsable del tratamiento.

Algo más dificultosa resulta la posición jurídica de las entidades franquiciadas respecto de los datos que comparten con su principal. En parte de las ocasiones, operarán dentro de las instrucciones dadas por el franquiciador, sin toma de decisiones ni autonomía. En este caso, nos encontraríamos en el tercer supuesto que luego veremos.

Sin embargo, parte de la ventaja de la franquicia es la descentralización de la toma de decisiones operativas. Piénsese en un franquiciador que permite a los franquiciados determinar cómo se realizará la segmentación demográfica de anuncios locales dirigidos a la base de datos de clientes general del franquiciador bajo la lógica de que el franquiciado conoce, sobre el terreno, mejor a los potenciales clientes.

Piénsese también en la gestión postventa realizada por el franquiciador utilizando datos facilitados por el franquiciado, con finalidad de evaluar y mejorar la calidad del servicio y la satisfacción de los clientes. Resulta obvio que tanto el

¹³ “Lo habitual, en estos casos, será que el franquiciado sea quien obtenga los datos personales de sus clientes, pudiendo, posteriormente, cederlos al franquiciador para que este los emplee en tareas propias de control y gestión de la relación con el franquiciado; (...). Sin embargo, nada impide que sea el franquiciador quien obtenga, fruto de la labor comercial que realice, datos personales de potenciales clientes que posteriormente ceda a los franquiciados, reflejando una suerte de intercambio bidireccional de datos personales muy habitual en cualquier actividad comercial como la descrita”. RODRÍGUEZ AYUSO, JUAN FRANCISCO: <<Efectos administrativos de relaciones...>>. Op. Cit.

franquiciador como el franquiciado comparten este fin de mejora continua que se realizaría, en principio, en beneficio de ambos.

Por tanto, es posible afirmar la corresponsabilidad de franquiciador y franquiciado para el tratamiento de los datos en los que exista autonomía del franquiciado dentro de unas directrices marco definidas por el franquiciador.

De otro lado, y desde un punto de vista formal, el art. 26 RGPD exige que la determinación conjunta de los objetivos del tratamiento de los datos compartidos por franquiciador y franquiciado adopte la forma expresa y escrita, por lo que, adelantamos, debiera ser una de las partes necesarias del contrato de franquicia, aunque nada impide que el acuerdo se plasme en documento aparte¹⁴.

3.º Relación Responsable-Encargado entre el franquiciador y franquiciado en supuestos de definición absoluta y cohesionada.

Es cierto que, desde el punto de vista jurídico, el contrato de franquicia es un negocio jurídico bilateral, sinalagmático, consensual y oneroso, en el que las partes acuerdan libremente sus respectivos derechos y obligaciones.

Pero, en la práctica, la posición de superioridad comercial de la empresa dueña de la franquicia le permite fijar unilateralmente los términos del acuerdo. Tanto es así que, el contrato de franquicia opera como un verdadero contrato de adhesión al que deben someterse, salvo circunstancias excepcionales, quienes deseen sumarse a la red de centros franquiciados¹⁵.

¹⁴ Dice a este respecto el art. 26 RGPD que <<1. (...). Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.

2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.

3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables>>.

¹⁵ “Al tratarse de contratos de transferencia de tecnología, los contratos de franquicia están sujetos al cumplimiento de una serie de formalidades específicas. En ocasiones, se exigirá la forma escrita, sin perjuicio de que al ser contratos de adhesión se utilicen formularios que simplemente sean firmados por los adherentes”. PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER: <<El contrato de franquicia...>>. Op. Cit. Pág. 122.

Dentro de este esquema de funcionamiento, no es extraño que el franquiciador determine qué datos se recabarán, cómo se utilizarán y para qué fines, dando instrucciones específicas a los franquiciados, que no tendrán margen de autonomía alguna. En estos casos, el franquiciador será Responsable del tratamiento que el franquiciado realizará en concepto de Encargado.

4.º El franquiciador como Encargado:

En relación con el tratamiento de datos necesarios para la prestación de los servicios a que el franquiciador se comprometió contractualmente con los centros franquiciados y que se realizan bajo las instrucciones del franquiciado y para los fines de este último, el franquiciador operará como Encargado de tratamiento. Deberá analizarse caso por caso, si bien supuestos frecuentes son la asistencia técnica; mantenimiento de equipos informáticos o del software utilizado por la organización, entre otros.

5.º Reparto de responsabilidades entre el franquiciador y sus centros franquiciados.

Resulta conveniente que las empresas franquiciadoras introduzcan en sus contratos cláusulas específicamente destinadas a regular el tratamiento de datos personales en el seno de la franquicia, así como, respecto de estos, las relaciones de colaboración, subordinación o independencia, entre los distintos componentes de la red.

La posición que ocupa el franquiciador les permite definir una estructura coherente de tratamientos de datos personales a las que sus franquiciados se adhieran, sabiendo en todo caso qué tratamientos se realizan como Encargados, como Responsables o como corresponsables.

En definitiva, y conforme lo hasta aquí dicho, consideramos que todos los contratos de franquicia debieran contener cláusulas destinadas a:

1.º Definir los tratamientos que se realizarán en todo caso y bajo qué roles respectivamente serán asumidos por franquiciador y franquiciado;

2.º Regular la corresponsabilidad en aquellos tratamientos en que se quiera definir unas directrices comunes con margen de autonomía del franquiciado;

3.^a Recoger las instrucciones del franquiciado y demás requisitos respecto de aquellos tratamientos que el franquiciado realice sin margen alguno de decisión, bajo los medios y fines definidos por el franquiciador.

4.º Otorgar indemnidades en caso de que una de las partes resulte sancionada por incumplimientos normativos de la otra en tratamientos con elementos comunes.

Examinadas, en general, las relaciones entre franquiciador y franquiciados en materia de protección de datos, este trabajo no puede concluir sin exponer la forma y requisitos de la comunicación de datos en el seno de la franquicia, pues estos dependerán del modelo adoptado por el franquiciador en el contrato de adhesión que somete a sus franquiciados.

IV. COMUNICACIÓN DE DATOS EN LA FRANQUICIA

El art. 3.i) de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, definía la cesión, transmisión o comunicación de datos de carácter personal como *<<toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado>>*.

Por su parte, el Reglamento dictado en desarrollo de la citada LO 15/1999 - aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre- que, a diferencia de esta, no ha sido objeto de derogación y sigue vigente en todo aquello que no resulte incompatible o contradiga lo dispuesto en el RGPD y la LOPDGDD¹⁶, contiene una definición prácticamente idéntica de la cesión o comunicación de datos, entendiéndose por tal en su art. 5.1.c) el *<<Tratamiento de datos que supone su revelación a una persona distinta del interesado>>*.

Pues bien, descartando la existencia de estos precedentes, los vigentes RGPD y LOPDGDD desearon incluir en su articulado una definición de cesión de datos, optando por considerarla una de las formas posibles de tratamiento de datos, que, por supuesto, debe cumplir con los mismos requisitos y garantías de este.

¹⁶ Disposición derogatoria única LOPDGDD: *<<3. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica>>*.

Resulta crucial, por tanto, analizar en qué supuestos una comunicación de datos personales entre dos sujetos diferentes debe ser considerada tratamiento y cuando no, pues de ello dependerá el régimen jurídico a que habrá de ajustarse dicha operación.

Distingamos para ello entre los ámbitos objetivo y subjetivo de la cesión de datos personales.

A) AMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA COMUNICACIÓN DE DATOS

Desde un punto de vista objetivo, la definición de acto de comunicación de datos es bastante generosa, pues, se entiende por tal, toda forma o procedimiento que permita el acceso de un tercero a los datos de una persona física, identificada o identificable. O, como dice el art. 4.2 RGPD, <<cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la (...), comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción>>.

Otra cosa sucede en lo subjetivo, pues, desde este punto de vista, el concepto de cesión de datos es bastante más restrictivo, ya que, como acabamos de exponer, limita su ámbito de aplicación a las personas, físicas o jurídicas, que, respecto de aquellos, tengan la consideración de terceros, según la definición negativa que de estos hace el art. 4.10 RGPD¹⁷.

Conforme a este precepto legal, por carecer de la condición de terceros, nunca podrán ser considerados cesionarios de una transmisión o comunicación de datos:

1.º El propio afectado o interesado (art. 4.1 RGPD¹⁸), es decir, la persona física titular de los datos objeto de cesión.

2.ª El Responsable o corresponsables del tratamiento.

3.º El Encargado del tratamiento. Y

¹⁷ Art. 4.10 RGPD: <<tercero: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado>>.

¹⁸ Art. 4.1 RGPD: <<se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona>>.

4.^a Las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del Responsable o del Encargado (empleados).

La exclusión del interesado como posible destinatario de la cesión de datos de que es titular no merece explicación alguna.

Los sujetos corresponsables del tratamiento no pueden ser terceros respecto de los datos que conjuntamente manejan, porque disponen de la capacidad para determinar los objetivos y los medios del tratamiento (vid. art. 26 RGPD), siendo considerados Responsables en igual medida.

En lo que se refiere a la comunicación bidireccional de datos personales entre los otros tres sujetos (Responsable, Encargado y personas autorizadas) y dando por supuesta la licitud de los datos que se transmiten entre sí (vid. art. 6 RGPD), la no consideración de terceros se fundamenta en las relaciones de subordinación funcional, que existen entre ellos, en lo referente tanto a la determinación de los medios, como a los fines del tratamiento¹⁹.

Por último, aunque no se refiera el art. 4.10 RGPD expresamente a ellos, en mi opinión tampoco puede ser considerado tercero a los efectos de la comunicación de datos el Delegado de Protección de Datos, que ejerce sus funciones de asesoramiento, colaboración y control con absoluta independencia orgánica y funcional del Responsable o del Encargado (arts. 38.3 RGPD 36.2 LOPD²⁰).

B) REQUISITOS LEGALES DE LA COMUNICACIÓN DE DATOS

¹⁹ Esta subordinación, dice RODRÍGUEZ AYUSO, "que no encuentra su razón de ser en una dependencia jerárquica (como sucede entre empresarios y trabajadores), sí lo hace en una especie de delegación de funciones que se lleva a cabo en una organización externa a la del responsable del tratamiento, jurídicamente distinta, que realizará dicho tratamiento en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento que solicita la prestación de sus servicios". RODRIGUEZ AYUSO, JUAN FRANCISCO: <<Efectos administrativos de relaciones...>>. Op. Cit.

²⁰ La autonomía con que debe desempeñar sus funciones el Delegado de Protección de Datos se resalta en el art. 38.3 RGPD, según el cual <<El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado>>.

Aún más explícito en esta materia se muestra el art. 36.2 LOPD, al señalar que <<Cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, el delegado de protección de datos no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio.

Se garantizará la independencia del delegado de protección de datos dentro de la organización, debiendo evitarse cualquier conflicto de intereses>>.

Cuanto acabamos de exponer tiene su inmediato reflejo en el régimen jurídico de la cesión, transmisión o comunicación de datos, pues, ostentando la consideración de terceros quienes los reciban, aquella se entenderá tratamiento y, por tanto, estará sujeta a los requisitos y garantías legales de este, que, básicamente, son:

a) Cumplir con los deberes de información al interesado, en la forma y con los requisitos establecidos en los arts. 12, 13 y 14 RGPD, a que expresamente se remite el art. 11 LOPDGDD.

b) Disponer de una base legitimadora adecuada para la comunicación (vid. arts. 6 y 7 RGPD).

c) Garantizar el cumplimiento del catálogo de derechos que la actual legislación de protección de datos de carácter personal reconoce a los interesados (arts. 12 a 22 y 34 RGPD y los arts. 12 a 18 LOPDGDD).

d) Y estar en condiciones de acreditar el cumplimiento de todas estas obligaciones (principio de responsabilidad proactiva del art. 5.2 RGPD).

C) LA COMUNICACIÓN DE DATOS EN LA FRANQUICIA

Conocido el régimen jurídico básico de la comunicación de datos, es el momento de aplicarlo a las relaciones entre franquiciador y franquiciados, según las distintas posibilidades que enumeramos con anterioridad:

1.^a Responsabilidad independiente de franquiciador y franquiciado sobre los datos personales que utilicen para sus propios fines y definiendo medios y alcance.

En este supuesto, el franquiciador y sus centros franquiciados son Responsables independientes, por lo que cualquier comunicación o transmisión de datos entre ellos será considerada una comunicación a tercero, tratamiento que estará sometido a los requisitos legales ya vistos.

2.^a Corresponsabilidad de franquiciador y franquiciado por los tratamientos conjuntos.

Franquiciador y franquiciado pueden realizar tratamientos conjuntamente para el correcto desempeño de la franquicia, en cuyo caso estos se tratarán en régimen de corresponsabilidad. Respecto de estos tratamientos, no serán considerados terceros,

como tampoco será una operación de tratamiento la comunicación bidireccional de datos entre los dos.

3.º Relación Responsable-Encargado entre el franquiciador y franquiciado.

Como vimos antes, otra posibilidad es que tanto la empresa franquiciadora como la franquiciada decidan los medios y fines de un tratamiento, articulando sus instrucciones contractualmente, relegando ya a los centros franquiciados, ya al franquiciador, a la condición de Encargados del tratamiento.

En este caso, la comunicación de datos entre el franquiciado y su principal tampoco podrá ser calificada de operación de tratamiento, ya que, respecto de estos tratamientos, ninguno podrá ser considerado tercero, con las consecuencias legales que esto trae consigo.

Por último, debemos volver a recordar que, salvo en el supuesto de absoluta independencia entre franquiciador y franquiciado, los términos del reparto de atribuciones como Responsables, corresponsables o Encargado del tratamiento deberán especificarse pormenorizadamente en el contrato de franquicia.

No solo es lo más acorde a la normativa, sino que, además, es lo más práctico, ya que permite al franquiciador establecer un sistema uniforme que:

1.º Reduzca sustancialmente el riesgo de infracciones por sus franquiciados, con el posible perjuicio económico y reputacional asociado;

2.º Ahorre sustanciales gastos a los franquiciados, evitando tener que pasar por procesos de adecuación a la normativa independientes, con la subsiguiente multiplicación de costes;

3.º Sirva como un reclamo a nuevos franquiciados, que, al optar entre diversas franquicias, decidan adherirse a aquella que mayor facilidad y seguridad les da en cuanto al estricto cumplimiento normativo.

Por tanto, la adecuación de la franquicia a la normativa de protección de datos de carácter personal por el franquiciado y el establecimiento por este de un esquema completo de cumplimiento normativo a sus franquiciados es una ventaja competitiva, en nuestra opinión, aún desaprovechada.