

JUEGO DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE  
MODALIDADES CONTRACTUALES ESPECIALMENTE  
CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE PRIVACIDAD:  
ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR

*LIABILITY ARISING FROM PARTICULARLY CONTROVERSIAL  
CONTRACTUAL ARRANGEMENTS IN THE AREA OF PRIVACY:  
SPECIAL FEATURES OF THE ADMINISTRATIVE SANCTIONING  
REGIME*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2496-2515*

Juan Francisco  
RODRÍGUEZ  
AYUSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

**RESUMEN:** Son escasos los pronunciamientos que existen en torno a la configuración jurídica de las franquicias y, por ende, respecto de la relación jurídica entre franquiciador y franquiciado derivada de los tratamientos que se implementen de los datos personales de quienes intervengan como interesados. En concreto, nada se dice en la nueva normativa sobre la materia, derivada del RGPD y de la LOPDGDD, y, lo que existe, parte de la regulación precedente, emanada de la, ya extinta, LOPD. Por este motivo, el presente artículo pretende diseccionar los elementos más relevantes que deben permitirnos formular una respuesta adecuada y actualizada a las nuevas exigencias, ciertamente conveniente si constatamos la frecuencia con la que se recurre a este instrumento en la práctica habitual de las empresas.

**PALABRAS CLAVE:** Protección de datos; franquicia; encargado del tratamiento; Administraciones Públicas; RGPD.

**ABSTRACT:** *There are few pronouncements on the legal configuration of franchises and, therefore, on the legal relationship between franchisor and franchisee derived from the processing of the personal data of those who intervene as interested parties. Specifically, nothing is said in the new regulations on the matter, derived from the RGPD and the LOPDGDD, and, what does exist, is based on the relevant regulation, emanating from the now extinct LOPD. For this reason, this article aims to dissect the most relevant elements that should allow us to formulate an adequate and updated response to the new requirements, which is certainly convenient if we note the frequency with which this instrument is used in the habitual practice of companies.*

**KEY WORDS:** *Data protection; franchise; Data processor; Public administrations; GDPR.*

**SUMARIO.- I. BREVE ESTADO DEL ARTE.- II. REGULACIÓN PREVIA E INFERENCIAS FUNDAMENTALES SOBRE EL OBJETO DE ANÁLISIS.- III. SUTILES EFECTOS DERIVADOS DEL NUEVO PANORAMA NORMATIVO EXISTENTE.- IV. RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR.- V. REFLEXIONES FINALES.**

---

## **I. BREVE ESTADO DEL ARTE.**

El artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista<sup>1</sup> (en lo sucesivo, LOCM) regula el régimen jurídico de las franquicias, y lo hace en los siguientes términos:

“1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

2. Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador; descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias”.

Pese a la antigüedad de la norma (este año 2021 cumple veinticinco años de existencia), son ciertamente escasos los pronunciamientos, doctrinales y jurisprudenciales, que se han articulado hasta el momento que nos permitan dilucidar, en grado suficiente, cuál es el papel que ejercen cada uno de los intervinientes (en esencia, franquiciador y franquiciado) en materia de protección de datos personales.

Más aún, todos ellos aluden a la normativa precedente, emanada, en nuestro ordenamiento jurídico interno, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 15, de 17 de enero de 1996.

• **Juan Francisco Rodríguez Ayuso**

Profesor Contratado Doctor y Coordinador Académico del Máster Universitario en Protección de Datos, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Av. de la Paz, 137 26006 Logroño, La Rioja, España. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4721-1465> Correo Electrónico: [juanfrancisco.rodriguez@unir.net](mailto:juanfrancisco.rodriguez@unir.net)

de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>2</sup> (en adelante, LOPD), ya derogada, y, como desarrollo ulterior de la misma, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal<sup>3</sup> (en lo sucesivo, RDLOPD); a diferencia de la LOPD, el RDLOPD no resulta expresamente derogado por la nueva regulación, de modo que seguirá en vigor en todo aquello que no resulte incompatible o contradiga lo dispuesto por el actual Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 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<sup>4</sup> (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD), a nivel europeo, y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>5</sup> (en lo sucesivo, LOPDGDD) ( ), a nivel interno español.

Por este motivo, y constatando la importancia que el sistema de franquicias representa en la actualidad en el tejido productivo español<sup>6</sup>, parece adecuado plantearse cómo se ha de articular jurídicamente el papel de sendas figuras, de tal suerte que el empleo o tratamiento de los datos personales que cada una de ellas implemente respete, en última instancia y como objetivo esencial, el derecho fundamental de los interesados afectados a la protección de sus datos personales, consagrado, com es sabido, por el artículo 18.4 de la Constitución Española<sup>7</sup> (en adelante, CE).

- 2 BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999. La LOPD es el resultado de la transposición efectuada en nuestro país de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, DPDP) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas -en adelante, DOUE- L 281/31, de 23 de noviembre de 1995).
- 3 BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008. Efectivamente, el artículo 1 RDLOPD pone de manifiesto su objeto, cual es desarrollar la LOPD, así como “las disposiciones relativas al ejercicio por la Agencia Española de Protección de Datos de la potestad sancionadora, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en el título VII de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y en el título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.
- 4 Diario Oficial de la Unión Europea (en lo sucesivo, DOUE) L 119/1, de 04 de mayo de 2016.
- 5 BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.
- 6 Si atendemos al Informe “La Franquicia en España 2020”, elaborado por la Asociación Española de Franquiciadores (AEF), último disponible, se estima que la facturación obtenida por el conjunto del sistema de franquicias al cierre de 2019 ascendió a 26.154,3 millones de euros, empleando a 294.231 personas y conformando una red que alcanza un total de 77.819 establecimientos abiertos, de los cuales 19.787 eran de carácter propio y los 58.032 restantes, franquiciados.
- 7 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. De acuerdo con este apartado, que hunde sus raíces en el seminal artículo 286 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, “[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

## II. REGULACIÓN PREVIA E INFERENCIAS FUNDAMENTALES SOBRE EL OBJETO DE ANÁLISIS.

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) tuvo ocasión de pronunciarse en torno al régimen jurídico de la franquicia en el ámbito específico de la protección de datos en un Informe de 2009<sup>8</sup>. En él, se daba respuesta fundamentada a una consulta que planteaba si podía considerarse que la figura del franquiciador era la única que tenía la condición de responsable del tratamiento (por entonces, y en una terminología actualmente en desuso, responsable del fichero) y si, por tanto, los franquiciados actuaban como encargados del tratamiento, conforme a lo dispuesto en la LOPD.

En este sentido, conviene dilucidar, antes de proseguir con el desarrollo de la exposición, qué se entiende por responsable del tratamiento y por encargado del tratamiento:

El responsable del tratamiento es aquella persona, física o jurídica y de naturaleza pública o privada, que, de forma individual o conjunta, determina los fines y los medios del tratamiento [artículo 4.7) RGPD], es decir, el *para qué* se van a tratar los datos personales del interesado [en cuanto persona física, ya sea identificada o identificable -artículo 4.1) RGPD-] y el *cómo* se va a llevar a efecto el cumplimiento de los fines previamente establecidos<sup>9</sup>.

Más complejidad o artificio entraña, empero, la configuración jurídica del encargado del tratamiento. En efecto, pese a que el lacónico Reglamento general de protección de datos [artículo 4.8) RGPD] se limita a definir al encargado del tratamiento como (y en esto coincide con el responsable del tratamiento) persona física o jurídica, pública o privada, que (he aquí el elemento diferenciador) ha de tratar los datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, lo cierto es que configura una auténtica relación de subordinación en nada desdeñable<sup>10</sup>. Esta

8 Informe del Gabinete Jurídico 2063/2009.

9 Para un estudio más pormenorizado de la figura del responsable del tratamiento y las obligaciones esenciales que asume a tenor de la nueva regulación comunitaria, vid. RODRÍGUEZ AYUSO, J. F.: *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 75 y ss.; RODRÍGUEZ AYUSO, J.F.: "La figura del Data Protection Officer en la contratación pública en España", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309-336.

10 LÓPEZ CAZALILLA, A.: "El representante del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales en la regulación actual", *Diario La Ley*, núm. 9271, 2018, p. 7. Asimismo, 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

subordinación, 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. Es por ello por lo que, en la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento, no es posible hablar de comunicación, transmisión o cesión de datos, ya que tan sólo una de las dos partes cuenta con el estatus de responsable del tratamiento.

A ello se añade, como podemos observar, que la definición *supra* citada del encargado del tratamiento no concreta el nivel que debería comportar esta delegación; por este motivo, en la práctica, podría desembocar en el desarrollo de una actividad muy específica o en una actuación mucho más amplia o genérica, en la que el encargado del tratamiento podría, incluso, llegar a condicionar la prestación del servicio en cuestión a sus propios criterios técnicos u organizativos. Ahora bien, jamás la determinación de las finalidades y de los medios del tratamiento podrá llegar a delegarse en el encargado del tratamiento, ya que supondría nada más y nada menos que desnaturalizar, precisamente, el único elemento que permite distinguir al responsable del tratamiento y diferenciarlo de cualquier otro elemento subjetivo de los configurados por la norma.

Consecuencia de lo anterior, podemos advertir que todo tratamiento de datos personales exigirá la presencia necesaria de un responsable del tratamiento, del que, en su caso, se hará depender la concurrencia de uno o varios encargados del tratamiento, que, a diferencia de los anteriores, no tienen por qué concurrir en el tratamiento. Evidentemente, la ficción jurídica descrita desaparecerá en aquellos casos en los que el encargado del tratamiento se separe de las directrices marcadas por el responsable del tratamiento y establezca, por sí mismo y con la extensión que sea, los fines y los medios de tratamiento; esta cuestión está contemplada en los artículos 28.10 RGPD y 33.2.2º LOPDGDD, que disponen que, cuando esto suceda, el encargado del tratamiento tendrá la consideración de responsable del tratamiento en relación con dicho tratamiento, con todas las consecuencias, ciertamente relevantes, que de ello se desprende en materia de responsabilidad (artículos 82 y ss. RGPD y 70 y ss. LOPDGDD).

Por lo demás, la designación adecuada del encargado del tratamiento conllevará relevantes efectos. Más allá de la cualificación técnica o profesional que haya de reunir el prestador de servicios designado y de los recursos de que disponga, la nueva normativa en materia de protección de datos personales exige

---

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”.

al responsable del tratamiento, dentro del artículo 28.I RGPD, que cuente tan sólo con encargados del tratamiento que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas adecuadas en relación con el específico tratamiento que le sea encomendado<sup>11</sup>. Esta previsión, pese a que parece aludir únicamente a las medidas de seguridad contempladas en el artículo 32 RGPD, ha de ser interpretada de manera mucho más general, ya que exige, de igual modo, que su aplicación se lleve a cabo de modo que el tratamiento sea conforme con las exigencias de la normativa sobre protección de datos y garantice la protección de los derechos del interesado o titular de los datos.

Por este motivo, la regulación actual ha perseguido el mantenimiento del deber de diligencia *in eligendo* del responsable del tratamiento que ya constaba en la DPDP derogada y que fue incorporado al ordenamiento jurídico español por medio del RDLOPD. Este sistema tiene un aspecto positivo, como es la creación, indirecta, de la obligación en el encargado del tratamiento de albergar las garantías adecuadas para satisfacer el contenido de la normativa para, así, no quedar al margen del mercado, extendiendo su validez a todos aquellos sujetos a los que se recurra como subencargados del tratamiento, tal y como se desprende del artículo 28, apartados 2 y 4, RGPD. Estos apartados incorporan la posibilidad de que el encargado del tratamiento delegue en terceros (subencargados del tratamiento) la realización de actividades que se le hayan encomendado directamente por el responsable del tratamiento, dando respuesta a una realidad cada vez más frecuente en el mercado, tendente a la especialización; para ello, la nueva normativa impide al encargado del tratamiento delegar alguna de sus funciones en otros encargados del tratamiento, salvo que reciban una autorización previa por escrito, específica o general, del responsable del tratamiento. Así prevista, esta redacción nos lleva a la figura del contrato en nombre y por cuenta de terceros, encuadrable en el artículo 1259 del Código Civil<sup>12</sup>, más que a la subcontratación *stricto sensu*, ya que es necesaria la autorización, concreta, específica y por escrito, del responsable del tratamiento.

La necesidad de que esta autorización se produzca de manera específica o general resulta también relevante. Ante todo, parece ser que alude a aquellos casos en los que se hayan especificado minuciosamente los prestadores de servicios a los que se podrá recurrir y las actividades que tendrán que llevar a cabo; en este supuesto, no será necesaria la intervención del responsable del tratamiento desde un punto de vista contractual. En cambio, en aquellos otros casos de autorizaciones más abiertas o inconcretas, el encargado del tratamiento tendrá la obligación de

11 NUÑEZ GARCÍA, J. L.: "Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (dir. por A. RALLO LOMBARTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 353 a 386.

12 Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

comunicar al responsable del tratamiento cualquier modificación prevista respecto de la incorporación o sustitución de otros encargados del tratamiento, dándole la posibilidad de manifestar su desacuerdo con la designación de aquellos que no sean, en su opinión, adecuados. Tal comunicación, como parece evidente, deberá producirse con anterioridad al comienzo de las operaciones de tratamiento que haya de realizar el subencargado del tratamiento; de lo contrario, el encargado del tratamiento inicial podría estar incumpliendo las exigencias del responsable del tratamiento, con el peligro que de ello se deriva y desprende de infracción de la normativa en materia de protección de datos personales.

Nada irrelevante es, tampoco, el hecho de que esta nueva regulación no utilice ningún término concreto para hacer alusión a estos subencargados del tratamiento. Se ha preferido, creemos, hacer recaer sobre esta figura un régimen de derechos y obligaciones que resulta de aplicación al encargado del tratamiento, de ahí que tengan esta consideración a todos los efectos. No obstante, pese a esta identificación semántica entre las figuras implicadas, y al contrario de lo que pudiera parecer, el hecho de que se someta esta subcontratación de concretas actuaciones a la autorización previa del responsable del tratamiento no va acompañada de una íntegra exención de responsabilidad para el encargado del tratamiento inicial si se produce la infracción por el encargado del tratamiento posterior de las funciones que le sean delegadas. A pesar de que esta relación parezca encuadrarse en un contrato en nombre de un tercero, el inciso final del artículo 28.4 RGPD contempla la posibilidad de que el encargado del tratamiento final incumpla sus deberes, en cuyo caso el encargado del tratamiento inicial habrá de seguir siendo internamente responsable ante el responsable del tratamiento en todo aquello que se refiera al cumplimiento de las obligaciones del encargado del tratamiento final. Estamos en presencia, por tanto, de una especie de responsabilidad solidaria, cuya razón de ser se encontraría en la culpa *in eligendo* a la que tanto acude la nueva normativa en materia de protección de datos personales.

Expuesta la delimitación anterior, la AEPD afirma que el artículo 62.1 LOPD pone de manifiesto, a las claras, la distinta personalidad jurídica de las partes intervinientes en el contrato de franquicia, además de constatar la manifiesta independencia que mantienen el franquiciador y el franquiciado en lo que respecta al régimen de personal y clientela. Siendo así, sostiene, el único elemento puesto en común es el relacionado con el sistema de comercialización de productos y servicios de la franquiciadora, que es cedido (como es lógico, a cambio de una determinada contraprestación económica previamente acordada entre las partes) a la entidad franquiciada.



### III. SUTILES EFECTOS DERIVADOS DEL NUEVO PANORAMA NORMATIVO EXISTENTE.

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).

Por este motivo, ambos sujetos deberán tener la consideración, siguiendo la terminología ya descrita, de responsables del tratamiento. Cosa distinta será la de aquellos tratamientos de datos personales que se realizan en el desarrollo de los servicios que la franquicia presta a los centros franquiciados (como la formación a empleados, actividades de mail-marketing, SAT, mantenimiento de software, etc.), donde el franquiciador sí que tendrá que intervenir como encargado del tratamiento, siempre que los tratamientos de datos que realice se encuentren dentro del marco de la prestación del servicio; en este caso, será preciso formalizar la prestación de acuerdo a las exigencias contenidas en los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD, preceptos que recogen, en esencia, las obligaciones a satisfacer por quien intervenga como encargado del tratamiento, a fin de asegurar que los datos personales gozan del mismo nivel de protección que si hubieran permanecido bajo el único control del responsable del tratamiento<sup>13</sup>.

Junto a la afirmación anterior se añade otra. Y es que, al estar ante una actividad de naturaleza mercantil, deberemos excluir de las definiciones de responsable y de encargado del tratamiento a todos los organismos públicos, quienes, al menos en lo atinente al tratamiento de datos personales derivado de la actividad principal propiciada por el contrato de franquicia, se verán privados de toda posible (y factible) actuación.

Ello pone de relieve, a su vez, otra constatación, que atiende, en este caso, a la diversa fuente de la que proceden los datos personales individualmente tratados con ocasión de la franquicia por sendos responsables del tratamiento. Así es. 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; para ello, como es lógico, deberá contar con una base jurídica

13 GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: "Encargado del tratamiento", en AA.VV.: *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (dir. por M. ARENAS RAMIRO y A. ORTEGA GIMÉNEZ), Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 347-378.

adecuada que legitime el tratamiento, base jurídica que, con frecuencia, residirá en la existencia de una relación contractual (la derivada del contrato de franquicia), para cuyo cumplimiento adecuado por parte del franquiciado y ofertante se requerirá, como condición *sine qua non*, la posterior cesión de los datos personales obtenidos del cliente aceptante al franquiciador. 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 que se ha descrito anteriormente.

El entramado anterior de cesiones se hace aún más complejo cuando quien interviene como cesionario es, además del franquiciador o el franquiciado (dependiendo de los casos y siguiendo la dinámica antes expuesta), la propia Administración Pública, que, pese a no intervenir como responsable o encargada del tratamiento, sí que podrá hacerlo como cesionaria si existe una obligación legal que requiera tratar los datos personales de los clientes a efectos, entre otros, de inspección o, incluso, de sanción, como sucedería con los procedimientos administrativos a implementar por las autoridades de control derivados de actuaciones ilícitas ocasionadas por el franquiciador o por el franquiciado, dependiendo del caso. En estos casos, la justificación legal de la cesión será posterior al tratamiento y vendrá determinada por una circunstancia no conocida en el momento de la obtención de los datos del interesado, siendo la propia normativa en materia de protección de datos personales la que habilite y permita la transmisión ulterior de los datos personales tratados presuntamente de forma ilícita a los organismos públicos encargados de determinar, en su caso, la responsabilidad de las partes y las correspondientes sanciones resultantes.

Estas conclusiones (referidas, como se indicaba a la LOPD), parecen mantenerse con ocasión de la entrada en vigor y posterior aplicación del RGPD, primero, y de la LOPDGDD, después (que viene a complementar y desarrollar los postulados de aquel). Y ello por cuanto que el entramado relacional configurado por la nueva regulación en materia de protección de datos, tanto europea como española, se mantiene inalterable y, por tanto, no transforma los elementos basales que propician la singularización de las figuras descritas; de este modo, el responsable del tratamiento seguirá caracterizándose por tener que asumir la obligación, insustituible e intransferible, de determinar los fines y los medios del tratamiento, mientras que la franquicia seguirá consistiendo en la obligación del franquiciador de ceder al franquiciado el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización determinado, concreto y específico. En otras palabras, todo permanece inalterable, por lo que nada parece tener que cambiar.

Pese a la afirmación anterior, sí que surge, de la mano de los artículos 26 RPD y 29 LOPDGDD, una nueva categoría, apuntada desde antaño, pero carente de regulación hasta 2016. Hablamos de la institución de la corresponsabilidad del tratamiento<sup>14</sup>, que, si bien es cierto que se vislumbra de la mano del artículo 5.q) RDLOPD<sup>15</sup>, no tendrá plasmación jurídica ni práctica sino muy posteriormente.

En el primero de los preceptos citados se define en qué consiste esta corresponsabilidad, y se hace en los siguientes términos:

“1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. 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”.

Por su parte, el artículo 29 LOPDGDD se limita a complementar, mínimamente, el artículo comunitario, añadiendo que:

“La determinación de las responsabilidades a las que se refiere el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/679 se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento”.

---

14 Para un estudio más profuso de la corresponsabilidad en el tratamiento de los datos personales, *vid.* CHAVELI DONET, E. y SANMARTÍN BERMÚDEZ, N.: “Responsables, corresponsables y encargados de tratamiento: delimitando supuestos y ayudando a confeccionar su registro de actividades de tratamiento”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. Extra 3, 2019, pp. 110 a 124.

15 De acuerdo con esta definición, se entenderá por responsable del fichero o del tratamiento aquella: “[p]ersona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realice materialmente. Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados” (la cursiva es propia).

Así configurado, podría plantearse si franquiciador y franquiciado pueden intervenir como corresponsables del tratamiento respecto de los datos personales de los clientes afectados por el tratamiento, toda vez que ambas partes de la relación jurídica en que se traduce la franquicia tienen un interés en el tratamiento para fines estrechamente interconectados. Sin embargo, parece evidente que las finalidades que cada uno de ellos persiguen pueden distar (de hecho, por la naturaleza de las obligaciones que cada asume, lo lógico es que así sea), siendo, precisamente, esa no necesaria coincidencia la que, en mi opinión, justifica que falte uno de los elementos sustanciales que definen la corresponsabilidad, esto es, la definición conjunta de los fines y de los medios del tratamiento. Así, de asumir por válida la corresponsabilidad, estaríamos creando un artificio en nada operativo en la práctica ni coherente con el espíritu de la norma, como es el de perseguir la organización conjunta de eventos que implican un tratamiento compartido de los datos personales para poder llevarlos a efecto de manera satisfactoria, algo que no sucede en el caso de las franquicias, donde la consecución del propósito perseguido por el franquiciador con el tratamiento de los datos es perfectamente asumible sin la participación inescindible del franquiciado; lo mismo sucederá a la inversa.

A la vista de todo lo expuesto, y con carácter general, parece excluirse, para el régimen jurídico de las franquicias en su puesta en relación con la regulación propia y actual de la protección de datos personales, no sólo la figura, ya conocida y descartada por la AEPD, del encargado del tratamiento, sino también la del corresponsable, atendiendo, repetimos, a razones de pura lógica operativa, sentido común y teleología normativa.

#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR.

De este modo, si la configuración jurídica de este entramado relacional nacido al amparo de tratamientos derivados de contratos de franquicia no resulta adecuada, las consecuencias administrativas que pueden derivarse son múltiples y, todas ellas, presumiblemente relevantes. Y ello si atendemos a los importes económicos, sustancialmente más elevados, que el artículo 83.5 RGPD impone para aquellas infracciones que se deriven de tratamientos ilícitos o contrarios a la normativa, que podrán alcanzar un importe máximo de 20.000.000 de euros como máximo o “[...] tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía”.

Como desarrollo de este precepto, surge, en nuestro ordenamiento jurídico interno, el Título IX (artículos 70 a 78) LOPDGDD, que regula el régimen sancionador en materia de protección de datos y que resulta plenamente

aplicable a sujetos de naturaleza privada (en este caso, a las partes intervinientes en contratos de franquicia). En efecto, en su condición de responsables del tratamiento, franquiciador y franquiciado estarán sujetos a sanciones que, dependiendo de la naturaleza que presenten, podrán ser muy graves, graves o leves, atendiendo a la entidad de la infracción y del precepto que resulte vulnerado y considerando simultáneamente, como es lógico, el perjuicio correlativo padecido por el interesado.

En cambio, estarán sujetos a un régimen especial determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento. En efecto, si atendemos al artículo 77 LOPDGDD, en él se enumeran qué organismos, de naturaleza pública, se encuentran incluidos en este régimen especial y cuáles son las características definitorias del mismo:

“1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos.

b) Los órganos jurisdiccionales.

c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.

e) Las autoridades administrativas independientes.

f) El Banco de España.

g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.

relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público. h) Las fundaciones del sector público.

i) Las Universidades Públicas.

j) Los consorcios.

k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales.

2. Cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado I cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación.

Asimismo, cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

4. Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.

5. Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

6. Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, esta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones referidas a las entidades del apartado I de este artículo, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción.

Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica”.

Centrándonos en la relación jurídica que aquí nos acontece, podemos afirmar que una errónea configuración de la relación entre franquiciador y franquiciado en cuanto al tratamiento de los datos de los interesados afectados puede traer consigo, a mi juicio, las siguientes sanciones directas (más allá de aquellas otras que, produciéndose, no tengan un origen inmediato en la naturaleza jurídica de la relación asumida por las partes en el contrato de franquicia)<sup>16</sup>:

En primer lugar, por lo que respecta a aquellas infracciones calificadas como muy graves (artículo 72 LOPDGDD), podrían producirse conculcaciones como las que se enumeran a continuación:

a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 RGPD [artículo 72.1.a) LOPDGDD]. En concreto, y como se detalla más explícitamente en relación con la siguiente infracción, el principio vulnerado sería el de licitud, lealtad y transparencia [artículo 5.1.a) RGPD], toda vez que el interesado no cuenta con información adecuada en torno al tratamiento que se va a llevar a cabo por las partes (franquiciador y franquiciado) y, por ende, no cuenta con los instrumentos que debería tener a su disposición para garantizar la protección de este su derecho fundamental.

b) La omisión del deber de informar al afectado acerca del tratamiento de sus datos personales conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 RGPD [artículo 72.1.h) LOPDGDD]. Este incumplimiento podría tener lugar si el franquiciador o el franquiciado no cumplen con el deber de información que les corresponde por asumir, indebidamente, la posición de encargados del tratamiento en relación

---

16 Para un estudio más detallado del régimen sancionador en materia de protección de datos y su evolución a lo largo de estos años, *vid.* CORRAL SASTRE, A.: “El régimen sancionador en materia de protección de datos en el reglamento general de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2016, pp. 571 a 586; GUILLÉN CATALÁN, R.: “El nuevo régimen sancionador a la vulneración de la protección de datos en Europa: un avance armonizador”, en AA.VV.: *Marco jurídico de la ciencia de datos* (coord. por F. RAMÓN FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 401 a 434; LÓPEZ CALVO, J.: “Actividad inspectora y procedimiento administrativo sancionador en materia de protección de datos personales”, *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 253-267; MARTÍNEZ ROMÁN, E.: “El procedimiento sancionador en la Agencia Española de Protección de Datos”, *Economist & Jurist*, núm. 180, 2014, pp. 20-27; MUÑOZ CORRAL, E. J.: “Las sanciones en caso de incumplimiento del Reglamento general de protección de datos europeo”, *Economist & Jurist*, núm. 217, 2018, pp. 44 a 49; PIÑAR MAÑAS, J. L.: “La importante reforma del régimen sancionador en materia de protección de datos: reflexiones urgentes”, *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 50, 2011; RALLO LOMBARTE, A.: “Estudio sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos”, *Revista de estudios políticos*, núm. 166, 2014, pp. 95 a 121; REBOLLO PUIG, M.: “El procedimiento sancionador y las actuaciones previas ante la Agencia Española de Protección de Datos”, *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 303-319; TORNERO SUÁREZ, A.: “El juicio de culpabilidad en el procedimiento sancionador en materia de protección de datos”, *Revista española de protección de datos*, núm. 4, 2008, pp. 229-247.

con los tratamientos derivados del contrato de franquicia, hayan obtenido los datos personales tratados directamente del interesado (artículos 13 RGPD y 11, apartados 1 y 2, LOPDGDD) o de la otra parte del contrato (artículos 14 RGPD y 11.3 LOPDGDD).

Estas infracciones prescribirán a los tres años y suponen una vulneración del artículo 83.5 RGPD. Más concretamente, como ya se ha anticipado, nos encontraríamos ante el supuesto descrito en la letra a) de dicho precepto, que establece lo que a continuación se indica de forma literal:

“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9”.

En segundo lugar, si analizamos las infracciones graves, podemos ver que el artículo 73, letras j) y k), LOPDGDD, disponen expresamente cuanto sigue:

“j) La contratación por el responsable del tratamiento de un encargado de tratamiento que no ofrezca las garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas conforme a lo establecido en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

k) Encargar el tratamiento de datos a un tercero sin la previa formalización de un contrato u otro acto jurídico escrito con el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679”.

Si analizamos sendas letras, podemos interpretar que, al igual que aquellos supuestos en los que la contratación de un encargado del tratamiento que no ofrezca garantías adecuadas o en los que esta relación no quede adecuadamente formalizada pueden ser merecedores de sanción, *sensu contrario*, la formalización inadecuada de una relación en los términos de los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD también debería ser merecedora de sanción.

Estas infracciones prescribirán a los dos años y suponen una vulneración del artículo 83.4.a) RGPD, que, a su vez, establece que:

“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 10.000.000 de euros como



máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior; optándose por la de mayor cuantía:

a) las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los artículos 8, 11, 25 a 39, 42 y 43”.

En tercer y último lugar, podrá ser calificada como infracción leve (artículo 74 LOPDGDD):

“a) El incumplimiento del principio de transparencia de la información o el derecho de información del afectado por no facilitar toda la información exigida por los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) 2016/679”.

Esta infracción prescribirá al año y supone una vulneración del artículo 83, apartados 4, letra a), y 5, letras a) y b), RGPD. La letra b) del artículo 83.5 RGPD, única a la que aún no hemos aludido, establece lo que sigue:

“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior; optándose por la de mayor cuantía:

b) los derechos de los interesados a tenor de los artículos 12 a 22”.

## V. REFLEXIONES FINALES.

A lo largo del presente estudio de investigación, hemos podido confirmar que, en una línea continuista con la normativa precedente en materia de protección de datos personales, la relación de naturaleza mercantil que surge entre el franquiciador y franquiciado merced a la celebración de un contrato de franquicia determina que, en este ámbito, ambas partes asuman la condición de responsables del tratamiento.

Así es. Como ya tuvo ocasión de confirmar nuestra autoridad de control nacional, cada una de ellas habrá de determinar los fines y los medios del tratamiento de forma separada y autónoma, habiendo de cumplir, en consecuencia, todas y cada una de las obligaciones que, para los responsables del tratamiento, se recogen en la normativa.

Y decimos que esta configuración, previa al RGPD y a la LOPDGDD, se mantiene tras la aplicación y entrada en vigor de sendas normas pues, una vez

realizada toda una labor interpretativa en torno a las novedades en materia regulatoria, podemos concluir que el entramado relacional dispuesto por la nueva legislación sobre la materia es el mismo que el plasmado anteriormente. De este modo, en términos generales, responsables y encargados del tratamiento presentan la misma naturaleza jurídica y, por ende, están sometidos a un elenco similar de deberes y obligaciones.

Consecuencia de lo anterior, se descarta que el franquiciado deba asumir, como indebidamente sucede en muchas ocasiones en la práctica, la posición propia de un encargado del tratamiento. Lo mismo sucede con el franquiciador, que sólo deberá satisfacer las obligaciones propias de los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD cuando preste a los centros franquiciados servicios como los derivados de la formación a empleados, de actividades de mail-marketing, SAT o de mantenimiento de software, entre otros.

Igualmente, se descarta la asunción de la corresponsabilidad, regulada por primera vez en los artículos 26 RGPD y 29 LOPDGDD, ya que, en el contrato de franquicia, las finalidades perseguidas por las partes con el tratamiento de los datos personales son, como se indicaba, propias e individualizadas para cada una de ellas, no siendo ello coherente con la esencia seminal de esta institución, consistente en la determinación conjunta y solidaria de los efectos y de las responsabilidades derivadas de estos tratamientos.

## BIBLIOGRAFÍA.

CHAVELI DONET, E. Y SANMARTÍN BERMÚDEZ, N.: “Responsables, corresponsables y encargados de tratamiento: delimitando supuestos y ayudando a confeccionar su registro de actividades de tratamiento”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. Extra 3, 2019, pp. 110 a 124.

CORRAL SASTRE, A.: “El régimen sancionador en materia de protección de datos en el reglamento general de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2016, pp. 571 a 586.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Encargado del tratamiento”, en AA.VV.: *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (dir. por M. ARENAS RAMIRO y A. ORTEGA GIMÉNEZ), Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 347-378.

GUILLEN CATALÁN, R.: “El nuevo régimen sancionador a la vulneración de la protección de datos en Europa: un avance armonizador”, en AA.VV.: *Marco jurídico de la ciencia de datos* (coord. por F. RAMÓN FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 401 a 434

LÓPEZ CALVO, J.: “Actividad inspectora y procedimiento administrativo sancionador en materia de protección de datos personales”, *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 253-267.

LÓPEZ CAZALILLA, A.: “El representante del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales en la regulación actual”, *Diario La Ley*, núm. 9271, 2018, p. 7.

MARTÍNEZ ROMÁN, E.: “El procedimiento sancionador en la Agencia Española de Protección de Datos”, *Economist & Jurist*, núm. 180, 2014, pp. 20-27.

MUÑOZ CORRAL, E. J.: “Las sanciones en caso de incumplimiento del Reglamento general de protección de datos europeo”, *Economist & Jurist*, núm. 217, 2018, pp. 44 a 49.

NÚÑEZ GARCÍA, J. L.: “Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento”, en AA.VV.: *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y*

*Garantía de los Derechos Digitales* (dir. por A. RALLO LOMBARTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 353 a 386.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: "La importante reforma del régimen sancionador en materia de protección de datos: reflexiones urgentes", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 50, 2011.

RALLO LOMBARTE, A.: "Estudio sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos", *Revista de estudios políticos*, núm. 166, 2014, pp. 95 a 121.

REBOLLO PUIG, M.: "El procedimiento sancionador y las actuaciones previas ante la Agencia Española de Protección de Datos", *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 303-319.

RODRÍGUEZ AYUSO, J. F.: *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 75 y ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, J.F.: "La figura del Data Protection Officer en la contratación pública en España", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309-336.

TORNERO SUÁREZ, A., "El juicio de culpabilidad en el procedimiento sancionador en materia de protección de datos", *Revista española de protección de datos*, núm. 4, 2008, pp. 229-247.