

Dictamen en relació amb la consulta formulada per una entitat mercantil com a adjudicatària d'un servei d'un ens públic competent en matèria de serveis socials i que comporta un tractament de dades de caràcter personal.

Es presenta davant l'Agència Catalana de Protecció de Dades un escrit de la directora general d'una entitat mercantil, sense que acrediti aquesta condició, i mitjançant el qual demana el parer de l'Agència en relació a les qüestions següents:

- consideració d'aquesta empresa com a encarregat el tractament per la seva condició d'adjudicatària d'un servei d'un ens públic competent en matèria de serveis socials (en endavant, l'ens públic) i que comporta un tractament de dades de caràcter personal.
- compliment del deure d'informació a càrrec de l'ens públic que adjudica el contracte o de l'entitat mercantil adjudicatària i com es pot satisfer en supòsits d'emergència.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra documentació, vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, s'emet el dictamen següent:

I

(...)

II

En relació amb el que és objecte de la prestació sobre la qual l'entitat mercantil formula la consulta, és d'assenyalar que la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, mitjançant annex acompanya el Catàleg classificat de serveis i prestacions socials del Sistema Català de Serveis Socials, en el qual es troba el Servei de la línia d'atenció a les dones en situació de violència masclista.

Pel que fa a la prestació dels serveis socials, aquesta llei atribueix al departament competent en matèria de serveis socials la competència per gestionar les prestacions de serveis socials que li corresponguin (article 29 h) i preveu també la possibilitat que els serveis socials puguin ser prestats per entitats d'iniciativa mercantil en règim d'autorització administrativa (articles 68 i següents).

En virtut de l'article 75.2 de la mateixa llei, *les entitats d'iniciativa privada, en llur condició d'entitats prestadores de serveis socials, poden gestionar serveis socials de titularitat pública, mitjançant l'establiment del contracte corresponent amb l'administració competent.* L'entitat mercantil, en el seu escrit de consulta afirma que li ha estat adjudicada la prestació d'un servei social i formula dues qüestions en relació a la incidència de la normativa de protecció de dades en la prestació d'aquest servei.

III

En el plantejament de la primera qüestió, l'entitat mercantil demana el parer de l'Agència sobre la seva consideració d'encarregat del tractament en virtut del contracte adjudicat per un ens públic

competent en matèria de serveis socials i a tal efecte fa esment de l'únic paràgraf que diu que consta en els plecs del concurs en relació al tractament de dades personals:

"l'empresa adjudicatària serà responsable dels seus fitxers de dades i de la confidencialitat del seu personal que tingui accés a les dades de caràcter personal. L'ens públic (...) decidirà en relació amb les dades personals, una vegada finalitzada la relació contractual".

No s'acompanya a l'escrit de consulta els plecs del concurs, ni d'altra documentació, per la qual cosa ens basarem en les afirmacions efectuades per l'entitat consultant alhora de respondre les qüestions que es plantegen.

De la literalitat de la transcripció que l'entitat mercantil efectua en relació als plecs del concurs, no queda clar qui serà el responsable del tractament ni tampoc si l'entitat adjudicatària serà l'encarregat del tractament. La única qüestió que clarifica l'esmentada transcripció és que l'ens públic decidirà sobre el destí de les dades de caràcter personal un cop finalitzada la prestació, cosa que podria fer pensar que l'ens públic hauria de ser el responsable del tractament perquè aquesta és una de les atribucions que la LOPD confereix al responsable del fitxer o tractament.

Per tal de determinar si l'entitat consultant és encarregat del tractament o responsable, cal tenir present en primer lloc les definicions que efectua la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, en relació amb aquestes dues figures.

Segons l'article 3.d) és responsable del fitxer o del tractament la persona física o jurídica, de naturalesa pública o privada, o òrgan administratiu que decideix sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament.

D'acord amb l'article 3.g) és encarregat del tractament la persona física o jurídica, l'autoritat pública, el servei o qualsevol altre organisme que, sol o conjuntament amb altres, tracti dades personals per compte del responsable del tractament.

La consulta es concreta en el fet de si l'entitat mercantil té la condició d'encarregat del tractament, però abans d'entrar en aquesta qüestió s'hauria de clarificar qui té la condició de responsable del fitxer o tractament.

A la vista de les definicions de la LOPD, podria ser responsable del tractament tant l'ens adjudicador del contracte com l'adjudicatari, en funció de qui sigui qui decideixi sobre la finalitat, contingut i ús del tractament.

Ara bé, per tal que l'entitat mercantil sigui considerada encarregat del tractament i estar emparat el tractament de les dades de caràcter personal en el que estableix l'article 12 de la LOPD el contracte que formalitzi amb l'ens públic adjudicador de la prestació, bé en el seu clausulat, bé mitjançant annex, ha de complir els requisits de l'article 12.2 de la Llei Orgànica 15/1999:

- que l'encarregat efectuarà el tractament de les dades d'acord amb les instruccions del responsable del tractament;
- que l'encarregat no pot aplicar ni utilitzar les dades amb una finalitat diferent de la que figuri en el contracte, ni comunicar-les a altres persones, ni tan sols per a la seva conservació;
- les mesures de seguretat que l'encarregat està obligat a implementar.

El fet que les dades personals es recullin per l'entitat mercantil no desvirtuaria el caràcter d'encarregat del tractament en la relació contractual que el vincula amb l'ens públic adjudicador del contracte, sempre i quan efectuï el tractament de conformitat amb els requisits de l'article 12 de la LOPD abans exposats i un cop finalitzada la prestació, doni a les dades el destí que li indiqui l'ens públic.

Per tant, correspon a les pròpies entitats implicades determinar qui serà el responsable del tractament i si és el cas, si l'entitat mercantil tindrà la condició d'encarregat del tractament, (qüestions que s'haurien de desprendre dels plecs del concurs), tenint en compte que, per a què l'entitat mercantil tingui la condició d'encarregat del tractament, el contracte que es formalitzi per a la prestació del servei haurà de reflectir les previsions de l'article 12.2 de la LOPD. Cas contrari, seria considerat també responsable del tractament.

En relació amb les previsions de l'article 12.2 i, en concret, pel que fa a les mesures de seguretat que l'entitat mercantil està obligada a implementar per a dur a terme el servei, l'article 82.2 del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament que desenvolupa la Llei Orgànica 15/1999, diferencia els supòsits en què l'encarregat presti el servei en els locals del responsable o bé en els seus propis locals. Pel que fa a aquest últim supòsit que sembla que sigui el que tindrà lloc en el cas que ens ocupa, l'entitat mercantil, (en cas que sigui encarregat del tractament) haurà d'elaborar un document de seguretat o bé completar el seu propi document de seguretat, identificant el fitxer o tractament i el responsable del mateix, incorporant les mesures de seguretat a implantar en relació amb aquest tractament, establertes al contracte.

Per últim cal tenir present que en cas de no complir amb les exigències imposades per l'article 12 de la LOPD l'encarregat del tractament seria considerat com a responsable del tractament, responent de les infraccions en què hagués pogut incórrer personalment (article 12.4 de la LOPD).

IV

La segona qüestió que planteja l'escrit de consulta és en relació amb el deure d'informació, a qui correspon donar-ne compliment i com s'ha d'efectuar en situacions d'emergència.

L'article 5 de la LOPD instaura amb caràcter general el deure d'informació i recull els requisits que s'han d'observar per donar-ne compliment. En concret, disposa:

“Els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

- a) De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.*
- b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.*
- c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.*
- d) De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.*
- e) De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.*

(...)”

Com s'ha apuntat, la norma general quan es realitza una recollida i per tant un tractament de dades personals a través de servei social, independentment de la persona física o jurídica que és

responsable de l'esmentat tractament, s'ha de ser la de donar la informació de l'article 5.1 de la LOPD.

Per tant, aquesta informació l'haurà de donar l'entitat que rebí les trucades telefòniques, amb caràcter previ a la recollida de les dades personals. Si qui rep les trucades i recull les dades és l'entitat mercantil, serà aquesta entitat a qui correspondrà complir amb el deure d'informació.

Ara bé, l'exercici de qualsevol dret fonamental, com és el dret a la protecció de dades personals, admet determinades restriccions sempre i quan, com han posat de manifest els tribunals, en concret, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), les restriccions als drets fonamentals estiguin previstes per la llei, siguin proporcionades i constitueixin una mesura necessària en una societat democràtica.

És clar que qualsevol límit a l'exercici d'un dret fonamental només pot ser legítim si es produeix en determinades condicions. En el cas que ens ocupa, el fet que no s'inclouí l'avís corresponent i previ a l'enregistrament d'una conversa telefònica realitzada al telèfon d'atenció a les dones, a través del qual, es donarà satisfacció al contracte administratiu, només pot respondre a una previsió legal.

El mateix article 5.3 de la LOPD preveu determinades limitacions a aquest deure d'informació. En concret, en relació amb la informació literalment exposada a què es refereixen les lletres b), c) i d) d'aquest article 5.1 de la LOPD, quan la informació es dedueix clarament de la naturalesa de les dades personals que se sol·liciten o de les circumstàncies en què es recullen, però amb les dades que l'entitat mercantil aporta a l'escrit de consulta no es desprèn que puguin operar aquestes limitacions.

L'article 24.1 de la LOPD configura també determinades excepcions a l'exercici dels drets dels afectats, això és, de les persones físiques titulars de les dades. Aquest article, tenint en compte que part del seu contingut va ser declarat inconstitucional per la STC 292/2000, disposa que:

“El que disposen els apartats 1 i 2 de l'article 5 no és aplicable a la recollida de dades quan el fet d'informar-ne l'afectat (...) afecti la Defensa Nacional, la seguretat pública o la persecució d'infraccions penals (...)”

La STC esmentada exposa la doctrina relativa a la possibilitat de limitar l'exercici de drets fonamentals, però sempre “amb escrupolós respecte pel seu contingut essencial” (F.Jurídic11). Pel que fa al deure d'informació que ens ocupa, la mateixa sentència destaca que “sense la garantia que suposa el dret a una informació apropiada mitjançant el compliment de determinats requisits legals (art. 5 LOPD) quedaria sens dubte frustrat el dret de l'interessat a controlar i disposar de les seves dades personals, doncs és clar que li impedirien exercir altres facultats que s'integren en el contingut del dret fonamental” (F.Jurídic13).

El Tribunal Constitucional fa recordatori que les limitacions als drets fonamentals, necessàriament excepcionals com s'acaba d'apuntar, han d'estar justificades en la protecció d'altres drets o béns constitucionals, de manera que, pel que fa a la previsió de l'article 24.1 de la LOPD, només es pot considerar legítim limitar el deure d'informació si el fet d'informar afecta la Defensa Nacional, la seguretat pública o la persecució d'infraccions penals, però no abasta per exemple a les infraccions administratives en relació a les quals el Tribunal va declarar la plena aplicabilitat del deure d'informació. Amb més motiu haurem de concloure la vigència del deure d'informació per al cas que ens ocupa.

Amb caràcter general no sembla que es pugui sostenir la possibilitat d'excepcionar el deure d'informació, atès que en principi el servei d'atenció que ha d'oferir aquesta entitat no és la protecció per raons de seguretat, tret que excepcionalment es rebí una trucada que tingui caràcter d'emergència per raons de seguretat d'alguna persona. En aquest cas, podria operar l'excepció de l'article 24.1 referida a la seguretat pública, sempre i quan el tractament de dades personals es mantingui dins els marges de la finalitat determinada, explícita i legítima per a la qual s'han obtingut les dades (article 4 de la LOPD).

Per tant, amb caràcter general, caldrà complir amb el deure d'informació i s'haurà de donar l'avís pertinent a la persona que efectua la trucada.

D'acord amb les consideracions fetes en relació amb la consulta formulada i en els termes plantejats per l'entitat mercantil, es fan les següents,

Conclusions

La condició de responsable o responsables del tractament ha de recaure en qui decideixi sobre la finalitat, contingut i ús del tractament de dades de caràcter personal.

L'entitat mercantil tindria la condició d'encarregada del tractament sempre que no decideixi sobre la finalitat, contingut i ús del tractament i s'indiqui en el contracte administratiu que es formalitzi per a la prestació d'un servei social i en el mateix contracte es recullin les previsions de l'article 12.2 de la LOPD. Altrament, serà considerada responsable del tractament.

El compliment del deure d'informació previst a l'article 5 de la LOPD correspon a l'entitat mercantil en tant en quant és qui presta el servei i amb caràcter previ a l'enregistrament de la conversa telefònica.

En el cas que es produeixin trucades d'emergència podria operar l'excepció del deure d'informació per la seva vinculació a la seguretat pública sempre i quan el tractament de dades personals es mantingui dins els marges de la finalitat determinada, explícita i legítima per a la qual s'han obtingut les dades.