

Dictamen en relació amb la consulta formulada per una fundació privada com a adjudicatària de la prestació de serveis assistencials en centres titularitat d'una Administració.

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

- consideració d'aquesta empresa com a encarregada del tractament per la seva condició d'adjudicatària de la prestació de serveis assistencials en centres titularitat d'una Administració.
- compliment del deure d'informació a càrrec de la fundació privada o de l'Administració.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra documentació, la normativa vigent aplicable, i 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 la fundació privada formula la consulta, és d'assenyalar que la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, 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 social, en règim d'autorització administrativa, entre les quals es troben les fundacions (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*. La fundació privada, en el seu escrit de consulta afirma que és adjudicatària de la prestació de serveis assistencials en centres titularitat d'una Administració 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, la fundació privada demana el parer de l'Agència sobre la seva consideració d'encarregat del tractament en virtut del contracte adjudicat per l'Administració i exposa que en *els plecs del concurs no es reflecteix cap obligació en quant a tractament de dades personals*.

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.

Per tal de determinar si l'entitat consultant és encarregat del tractament o responsable del mateix, 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 la fundació privada 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 la fundació privada 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.

En aquest sentit es posa de manifest també a la disposició addicional trenta-unena de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic que, quan la contractació impliqui l'accés del contractista a dades de caràcter personal, el tractament de les quals sigui responsable l'entitat contractant, aquell tindrà la consideració d'encarregat del tractament sempre i quan es doni compliment a l'article 12.2 i 3 de la LOPD i les previsions de l'article 12.2 de la LOPD constin per escrit.

El fet que les dades personals es recullin per la fundació 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'Administració.

Per tant, correspon a les pròpies entitats implicades determinar qui serà el responsable del tractament i si és el cas, si la fundació privada 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 consultant 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 la fundació privada 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.

Dels termes en els que es formula la consulta es desprèn que l'adjudicatària presta els serveis en els locals titularitat de l'ens públic en tant en quant diu que *“aquells centres que gestiona com adjudicatària però que són titularitat (...)”*

Pel que fa a aquest últim supòsit que sembla que és el que es dona en el cas que ens ocupa, pel fet que l'encarregat del tractament presti serveis en els locals del responsable l'article 82 del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament que desenvolupa la LOPD disposa textualment:

“Cuando el responsable del fichero o tratamiento facilite el acceso a los datos, a los soportes que los contengan o a los recursos del sistema de información que los trate, a un encargado de tratamiento que preste sus servicios en los locales del primero deberá hacerse constar esta circunstancia en el documento de seguridad de dicho responsable, comprometiéndose el personal del encargado al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en el citado documento.

Quando dicho acceso sea remoto habiéndose prohibido al encargado incorporar tales datos a sistemas o soportes distintos de los del responsable, éste último deberá hacer constar esta circunstancia en el documento de seguridad del responsable, comprometiéndose el personal del encargado al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en el citado documento.”

D'acord amb aquest precepte, correspon a l'encarregat i al seu personal el compliment de les mesures de seguretat previstes al document de seguretat del responsable del tractament.

D'altra banda, si el contracte que es formalitza amb l'Administració per a executar la prestació encomanada no recull les previsions de l'article 12.2 de la LOPD, com ja s'ha dit abans, la fundació privada, seria considerada també responsable del tractament i hauria d'implementar les mesures de seguretat corresponents al nivell de seguretat exigít en funció de les dades personals que es tractin i així ho hauria de fer constar en el seu document de seguretat.

D'acord amb això, en la consideració, si és el cas, de la fundació com a responsable del tractament, en tant en quant l'escrit de consulta exposa que presta serveis assistencials a persones amb discapacitats físiques, es fa avinent que l'article 81.3 del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament que desenvolupa la LOPD, exigeix per al tractament d'aquestes dades que s'implementin les mesures de seguretat de nivell alt, tenint en compte que les mesures de seguretat son acumulatives i per tant, en aquest cas, s'hauran d'haver implantat també les mesures de seguretat corresponents als nivells bàsic i mitjà.

El RLOPD recull les mesures de seguretat de nivell bàsic, mitjà i alt que es consideren com les mínimes exigides i que són les recollides en aquest Reglament als articles 89 a 104 (si es tracta de fitxers automatitzats) i, als articles 105 a 114 (en cas de fitxers o tractaments no automatitzats). Per

tant, a aquestes mesures considerades com les mínimes exigibles, s'han poden afegir d'altres que l'entitat responsable dels fitxers o tractaments consideri oportunes (article 81.7 del RLOPD)

IV

La segona qüestió que planteja l'escrit de consulta és en relació a qui correspon donar compliment al deure d'informació, a l'Administració o a la fundació privada.

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, independentment de la persona física o jurídica que és responsable de l'esmentat tractament, 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 reculli les dades personals, amb caràcter previ a la recollida. Atès que de l'escrit de consulta es desprèn que les dades seran recollides, en principi, per la fundació, serà aquesta entitat a qui correspondrà complir amb el deure d'informació.

En cas que s'utilitzin impresos per a la recollida de les dades personals, és important tenir present que hi ha de figurar de manera clarament llegible les advertències de l'article 5 de la LOPD, abans relacionades.

D'acord amb les consideracions fetes en relació amb la consulta formulada i en els termes plantejats per la fundació privada, 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.

La fundació privada tindria la condició d'encarregat 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 dels serveis assistencials 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 que reculli les dades de caràcter personals i amb caràcter previ a la recollida.

