

**Dictamen en relación con la consulta formulada por una entidad mercantil como adjudicataria de un servicio de un ente público competente en materia de servicios sociales y que comporta un tratamiento de datos de carácter personal.**

Se presenta ante la Agencia Catalana de Protección de Datos un escrito de la directora general de una entidad mercantil, sin que acredite esta condición, mediante el cual solicita la opinión de la Agencia en relación con las cuestiones siguientes:

- Consideración de esta empresa como encargado del tratamiento por su condición de adjudicataria de un servicio de un ente público competente en materia de servicios sociales (en adelante, el ente público) y que comporta un tratamiento de datos de carácter personal.
- Cumplimiento del deber de información a cargo del ente público que adjudica el contrato o de la entidad mercantil adjudicataria, y cómo se puede satisfacer en supuestos de emergencia.

Analizada la consulta, que no se acompaña de ninguna otra documentación, y visto el informe de la Asesoría Jurídica, se emite el dictamen siguiente:

I

[...]

II

En relación con lo que es el objeto de la prestación sobre la que la entidad mercantil formula la consulta, cabe señalar que la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, mediante anexo, adjunta el «Catálogo clasificado de servicios y prestaciones sociales del Sistema Catalán de Servicios Sociales», en el que se encuentra el servicio de la línea de atención a las mujeres en situación de violencia machista.

En cuanto a la prestación de los servicios sociales, dicha ley atribuye al departamento competente en materia de servicios sociales la competencia para gestionar las prestaciones de servicios sociales que le correspondan (artículo 29.h)) y también prevé la posibilidad de que los servicios sociales puedan ser prestados por entidades de iniciativa mercantil en régimen de autorización administrativa (artículos 68 y siguientes).

En virtud del artículo 75.2 de la misma ley, «las entidades de iniciativa privada, en su condición de entidades prestadoras de servicios sociales, pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la Administración competente». La entidad mercantil afirma, en su escrito de consulta, que le ha sido adjudicada la prestación de un servicio social, y plantea dos cuestiones en relación a la incidencia de la normativa de protección de datos en la prestación de este servicio.

III

En el planteamiento de la primera cuestión, la entidad mercantil solicita la opinión de la Agencia sobre su consideración de encargado del tratamiento en virtud del contrato adjudicado por un ente público competente en materia de servicios sociales, y a tal efecto menciona el único párrafo que dice que consta en los pliegos del concurso en relación con el tratamiento de datos personales:

«La empresa adjudicataria será responsable de sus ficheros de datos y de la confidencialidad de su personal que tenga acceso a los datos de carácter personal. El ente público [...] decidirá en relación con los datos personales, una vez finalizada la relación contractual.»

No se adjuntan al escrito de consulta los pliegos del concurso ni ninguna otra documentación, por lo que nos basaremos en las afirmaciones efectuadas por la entidad consultante para responder a las cuestiones que se plantean.

De la literalidad de la transcripción que la entidad mercantil efectúa en relación con los pliegos del concurso, no queda claro quién será el responsable del tratamiento, ni tampoco si la entidad adjudicataria será el encargado del tratamiento. La única cuestión que clarifica dicha transcripción es que el ente público decidirá sobre el destino de los datos de carácter personal una vez finalizada la prestación, lo que podría hacer pensar que el ente público debería ser el responsable del tratamiento, porque ésta es una de las atribuciones que la LOPD confiere al responsable del fichero o tratamiento.

Para determinar si la entidad consultante es encargado del tratamiento o responsable, hay que tener presente, en primer lugar, las definiciones que efectúa la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en relación con estas dos figuras.

Según el artículo 3.d), es responsable del fichero o tratamiento «la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento».

De acuerdo con el artículo 3.g), es encargado del tratamiento «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

La consulta se concreta en el hecho de si la entidad mercantil tiene la condición de encargado del tratamiento, pero antes de entrar en esta cuestión se tendría que clarificar quién tiene la condición de responsable del fichero o tratamiento.

A tenor de las definiciones de la LOPD, podría ser responsable del tratamiento tanto el ente adjudicador del contrato como el adjudicatario, en función de quién decida sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento.

Ahora bien, para que la entidad mercantil sea considerada encargado del tratamiento y para que el tratamiento de los datos de carácter personal esté amparado por lo establecido en el artículo 12 de la LOPD, el contrato que formalice con el ente público adjudicador de la prestación, sea en su clausulado, sea mediante anexo, debe cumplir los requisitos del artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999:

- que el encargado efectuará el tratamiento de los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento;
- que el encargado no puede aplicar ni utilizar los datos con un fin distinto al que figure en el contrato, ni comunicarlos a otras personas, ni siquiera para su conservación;

- las medidas de seguridad que el encargado está obligado a implementar.

El hecho de que los datos personales sean recogidos por la entidad mercantil no desvirtuaría el carácter de encargado del tratamiento en la relación contractual que le vincula con el ente público adjudicador del contrato, siempre y cuando efectúe el tratamiento conforme a los requisitos del artículo 12 de la LOPD antes expuesto y, una vez finalizada la prestación, dé a los datos el destino que le indique el ente público.

Por consiguiente, corresponde a las propias entidades implicadas determinar quién será el responsable del tratamiento y, en su caso, si la entidad mercantil tendrá la condición de encargado del tratamiento (cuestiones que deberían desprenderse de los pliegos del concurso), teniendo en cuenta que, para que la entidad mercantil tenga la condición de encargado del tratamiento, el contrato que se formalice para la prestación del servicio tendrá que reflejar las estipulaciones del artículo 12.2 de la LOPD. De lo contrario, sería considerada también responsable del tratamiento.

En relación con lo establecido en el artículo 12.2 y, concretamente, en cuanto a las medidas de seguridad que la entidad mercantil está obligada a implementar para llevar a cabo el servicio, el artículo 82.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de Ley Orgánica 15/1999, hace una distinción entre los supuestos en que el encargado preste el servicio en los locales del responsable o bien en sus propios locales. En este último supuesto, que parece ser el que tendrá lugar en el caso que nos ocupa, la entidad mercantil (en caso de que sea el encargado del tratamiento) tendrá que elaborar un documento de seguridad o bien completar su propio documento de seguridad, identificando el fichero o tratamiento y el responsable del mismo, incorporando las medidas de seguridad que se deban implantar en relación con dicho tratamiento, establecidas en el contrato.

Por último, hay que tener presente que en caso de no cumplir con las exigencias impuestas por el artículo 12 de la LOPD, el encargado del tratamiento sería considerado como responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en las que hubiera podido incurrir personalmente (artículo 12.4 de la LOPD).

#### IV

La segunda cuestión que plantea el escrito de consulta es en relación con el deber de información, a quién corresponde dar cumplimiento del mismo y cómo se tiene que efectuar en situaciones de emergencia.

El artículo 5 de la LOPD insta con carácter general el deber de información y recoge los requisitos que hay que observar para dar cumplimiento al mismo. Concretamente, dispone:

«1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a. De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b. Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c. De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d. De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e. De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

[...]»

Como se ha apuntado, la norma general, cuando se realiza una recogida y, por tanto, un tratamiento de datos personales a través de un servicio social, independientemente de la persona física o jurídica que sea responsable de dicho tratamiento, debe ser la de dar la información establecida en el artículo 5.1 de la LOPD.

Por consiguiente, esta información la deberá dar la entidad que reciba las llamadas telefónicas, con carácter previo a la recogida de los datos personales. Si quien recibe las llamadas y recoge los datos es la entidad mercantil, corresponderá a dicha entidad cumplir con el deber de información.

Ahora bien, el ejercicio de cualquier derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos personales, admite determinadas restricciones, siempre y cuando, como han puesto de manifiesto los tribunales, concretamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), las restricciones a los derechos fundamentales estén previstas por la ley, sean proporcionadas y constituyan una medida necesaria en una sociedad democrática.

Es evidente que cualquier límite al ejercicio de un derecho fundamental sólo puede ser legítimo si se produce en determinadas condiciones. En el caso que nos ocupa, el hecho de que no se incluya el aviso correspondiente y previo para la grabación de una conversación telefónica realizada en el teléfono de atención a las mujeres, a través del cual se dará satisfacción al contrato administrativo, sólo puede responder a una disposición legal.

El propio artículo 5.3 de la LOPD establece determinadas limitaciones a este deber de información. Concretamente, en relación con la información literalmente expuesta a la que se refieren las letras b), c) y d) del artículo 5.1 de la LOPD, cuando la información se deduzca claramente de la naturaleza de los datos personales que se soliciten o de las circunstancias en las que se recojan; pero con los datos que la entidad mercantil aporta al escrito de consulta, no se desprende que puedan operar estas limitaciones.

El artículo 24.1 de la LOPD configura también determinadas excepciones al ejercicio de los derechos de los afectados, es decir, de las personas físicas titulares de los datos. Este artículo, teniendo en cuenta que parte de su contenido fue declarado inconstitucional por la STC 292/2000, establece que:

«Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado [...] afecte a la Defensa Nacional, la seguridad pública o la persecución de infracciones penales [...]»

La STC citada expone la doctrina relativa a la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos fundamentales, pero siempre «con escrupuloso respeto por su contenido esencial» (F. Jurídico 11). En cuanto al deber de información que nos ocupa, la misma sentencia destaca que «sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es evidente que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental» (F. Jurídico 13).

El Tribunal Constitucional recuerda que las limitaciones a los derechos fundamentales, necesariamente excepcionales, como se acaba de apuntar, deben estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, de modo que, en cuanto a lo establecido en el artículo 24.1 de la LOPD, sólo se puede considerar legítimo limitar el

deber de información si el hecho de informar afecta a la Defensa Nacional, la seguridad pública o la persecución de infracciones penales, pero no abarca, por ejemplo, las infracciones administrativas, en relación con las cuales el Tribunal declaró la plena aplicabilidad del deber de información. Con más motivo deberemos llegar a la conclusión de la vigencia del deber de información para el caso que nos ocupa.

Con carácter general, no parece que se pueda sostener la posibilidad de excepcionar el deber de información, dado que, en principio, el servicio de atención que debe ofrecer esta entidad no es la protección por razones de seguridad, salvo que excepcionalmente se reciba una llamada que tenga carácter de emergencia por razones de seguridad de alguna persona. En este caso, podría operar la excepción del artículo 24.1 referida a la seguridad pública, siempre y cuando el tratamiento de datos personales se mantenga dentro de los márgenes de la finalidad determinada, explícita y legítima para la que se hayan obtenido los datos (artículo 4 de la LOPD).

Por consiguiente, con carácter general, se deberá cumplir con el deber de información y se tendrá que dar el aviso pertinente a la persona que efectúe la llamada.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas en relación con la consulta realizada y en los términos planteados por la entidad mercantil, se formulan las siguientes

### **Conclusiones**

La condición de responsable o responsables del tratamiento debe recaer en quien decida sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento de datos de carácter personal.

La entidad mercantil tendrá la condición de encargado del tratamiento siempre que no decida sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento, y así se indique en el contrato administrativo que se formalice para la prestación de un servicio social, y en el mismo contrato se recojan las estipulaciones del artículo 12.2 de la LOPD. De lo contrario, será considerada responsable del tratamiento.

El cumplimiento del deber de información establecido en el artículo 5 de la LOPD corresponde a la entidad mercantil, en tanto en cuanto es quien presta el servicio, y con carácter previo a la grabación de la conversación telefónica.

En caso de que se produzcan llamadas de emergencia, podría operar la excepción del deber de información, por su vinculación con la seguridad pública, siempre y cuando el tratamiento de datos personales se mantenga dentro de los márgenes de la finalidad determinada, explícita y legítima para la que se hayan obtenido los datos.