

Dictamen en relación con la consulta planteada por una fundación privada como adjudicataria de la prestación de servicios asistenciales en centros titularidad de una Administración.

Se presenta ante la Agencia Catalana de Protección de Datos un escrito de una fundación privada, sin que se acredite la representación de esta entidad, mediante el cual se solicita la opinión de la Agencia en relación con las cuestiones siguientes:

- Consideración de esta empresa como encargada del tratamiento por su condición de adjudicataria de la prestación de servicios asistenciales en centros titularidad de una Administración.

- Cumplimiento del deber de información a cargo de la fundación privada o de la Administración.

Analizadas la consulta, que no se acompaña de ninguna otra documentación, y la normativa vigente aplicable, 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 fundación privada plantea la consulta, hay que señalar que la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, 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 contempla la posibilidad de que los servicios sociales puedan ser prestados por entidades de iniciativa social, en régimen de autorización administrativa, entre las que se encuentran las fundaciones (artículos 68 y siguientes).

En virtud del artículo 75.2 de dicha 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 fundación privada, en su escrito de consulta, afirma que es adjudicataria de la prestación de servicios asistenciales en centros titularidad de una Administración, y plantea dos cuestiones en relación con la incidencia de la normativa de protección de datos en la prestación de este servicio.

III

En el planteamiento de la primera cuestión, la fundación privada solicita la opinión de la Agencia sobre su consideración de encargado del tratamiento en virtud del contrato adjudicado por la Administración, y expone que «en los pliegos del concurso no se refleja ninguna obligación en cuanto al tratamiento de datos personales».

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.

A fin de determinar si la entidad consultante es encargado del tratamiento o responsable de éste, hay que tener presentes, 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 del tratamiento «la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y 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 fundación privada 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, contenido y uso del tratamiento.

Ahora bien, para que la fundación privada sea considerada encargado del tratamiento y 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.

En este sentido, también se pone de manifiesto, en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que, cuando la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal, de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado del tratamiento siempre y cuando se dé cumplimiento a los artículos 12.2 y 12.3 de la LOPD, y las estipulaciones del artículo 12.2 de la LOPD consten por escrito.

El hecho de que los datos personales sean recogidos por la fundación 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 expuestos, y una vez finalizada la prestación, dé a los datos el destino que le indique la Administración.

Por consiguiente, corresponde a las propias entidades implicadas determinar quién será el responsable del tratamiento y, si es el caso, si la fundación privada tendrá la condición de encargado del tratamiento (cuestiones que deberían desprenderse de los pliegos del concurso), teniendo en cuenta que, para que la entidad consultante 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 las estipulaciones del artículo 12.2 y, concretamente, en cuanto a las medidas de seguridad que la fundación privada 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.

De los términos en los que se formula la consulta se desprende que la adjudicataria presta los servicios en los locales titularidad del ente público, en tanto que dice «aquellos centros que gestiona como adjudicataria, pero que son titularidad [...]»

En cuando a este último supuesto, que parece que es el que se da en el caso que nos ocupa, por el hecho de que el encargado del tratamiento presta servicios en los locales del responsable, el artículo 82 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, dispone textualmente:

«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.

Cuando 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.»

De acuerdo con este precepto, corresponde al encargado y a su personal el cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en el documento de seguridad del responsable del tratamiento.

Por otro lado, si el contrato que se formaliza con la Administración para ejecutar la prestación encomendada no recoge las estipulaciones del artículo 12.2 de la LOPD, como ya se ha dicho antes, la fundación privada sería considerada también responsable del tratamiento, y debería implementar las medidas de seguridad correspondientes al nivel de seguridad exigido en función de los datos personales que se traten, y así lo tendría que hacer constar en su documento de seguridad.

De acuerdo con esto, en la consideración, si es el caso, de la fundación como responsable del tratamiento, en tanto en cuanto el escrito de consulta expone que presta servicios asistenciales a personas con discapacidades físicas, se recuerda que el artículo 81.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, exige, para el tratamiento de estos datos, que se

implementen las medidas de seguridad de nivel alto, teniendo en cuenta que las medidas de seguridad son acumulativas, por lo que, en este caso, se tendrán que haber implantado también las medidas de seguridad correspondientes a los niveles básico y medio.

El Reglamento de desarrollo de la LOPD recoge las medidas de seguridad de nivel básico, medio y alto que se consideran como las mínimas exigidas, y que son recogidas en dicho reglamento en los artículos del 89 al 104 (si se trata de ficheros automatizados) y en los artículos del 105 al 114 (en caso de ficheros o tratamientos no automatizados). Por lo tanto, a estas medidas consideradas como las mínimas exigibles se les pueden añadir otras que la entidad responsable de los ficheros o tratamientos considere oportunas (artículo 81.7 del RLOPD)

IV

La segunda cuestión que plantea el escrito de consulta es en relación con a quién corresponde dar cumplimiento al deber de información: a la Administración o a la fundación privada.

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:

«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, 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 tendrá que dar la entidad que recoja los datos personales, con carácter previo a la recogida. Dado que del escrito de consulta se desprende que los datos serán recogidos, en principio, por la fundación, será a esta entidad a quien corresponderá cumplir con el deber de información.

En caso de que se utilicen impresos para la recogida de los datos personales, es importante tener presente que en ellos deben figurar de manera claramente legible las advertencias del artículo 5 de la LOPD, antes indicadas.

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

Conclusiones

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

La fundación privada tendrá la condición de encargado del tratamiento siempre que no decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, y así se indique en el contrato administrativo que se formalice para la prestación de los servicios asistenciales, y en el propio 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 que recoja los datos de carácter personal, y ello con carácter previo a la recogida.