

Dictamen en relació amb la consulta plantejada per un Ajuntament sobre el tractament de dades personals que realitzen els ens instrumentals

Es presenta davant l'Agència Catalana de Protecció de Dades un escrit de l'Ajuntament en el qual es sol·licita el parer de l'Agència en relació amb el tractament de dades realitzat per ens instrumentals.

En concret, es planteja si aquest tractament requereix la subscripció prèvia del contracte previst per als encàrrecs de tractament a l'article 12 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, o si, contràriament, es poden formalitzar unes instruccions o ordres específiques que l'òrgan municipal competent adreçaria als dits ens instrumentals.

Analitzada la consulta, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent:

I

(...)

II

La consulta planteja si el tractament de dades per part d'ens instrumentals de l'Ajuntament requereixen la subscripció prèvia del contracte previst en l'article 12 de la LOPD per a l'encàrrec del tractament, i en concret l'Ajuntament sosté que el que *“escauria en aquests casos fóra la formalització d'unes instruccions o ordres específiques que l'òrgan municipal competent adreçés a aquells ens”*.

La consulta considera que aquests tractaments duts a terme per organismes autònoms, entitats públiques empresarials, societats municipals, etc, es realitzen exclusivament per al compliment de les finalitats públiques que li han estat atribuïdes pel propi Ajuntament, de tal manera que, estrictament, i segons considera l'Ajuntament, no són “aliens” o “tercers” ni disposen d'autonomia de la voluntat, sinó que s'hi integren, en formen part des de tots els punts de vista, organitzatiu, funcional, pressupostari, etc. Segons el plantejament de la consulta, l'actuació dels ens instrumentals municipals està totalment condicionada per les decisions del propi Ajuntament, cosa que portaria a no haver de formalitzar el contracte previst en l'article 12 de la LOPD, sinó que només caldria emetre unes instruccions internes específiques.

Per fonamentar aquesta consideració, en la consulta es fa esment de diversa normativa, a més de la normativa de protecció de dades, com ara la Llei de Contractes del sector públic (Llei 30/2007, de 30 d'octubre), o la normativa de responsabilitat patrimonial, pressupostària o processal, entre d'altres, que cadascuna des de la seva perspectiva portarien a considerar, segons s'exposa en la consulta, que els ens instrumentals s'integren plenament, a tots els efectes, en l'estructura de l'Ajuntament, i que per tant no seria necessari l'establiment del contracte previst en l'article 12 de la LOPD.

En resposta a la qüestió plantejada, cal dir que l'anomenada “administració instrumental” inclou un conjunt molt divers d'entitats, que poden estar dotades de personalitat jurídica, patrimoni i

pressupost propis, i poden tenir una denominació, naturalesa, tipologia i règim jurídic molt divers entre sí, tot i que tenen la característica comuna, certament, de servir d'instrument d'actuació al corresponent ens públic territorial, en aquest cas, un Ajuntament.

En l'àmbit local, un Ajuntament, com la resta d'entitats locals, pot desplegar la seva potestat d'organització, creant els ens instrumentals que consideri necessari. En el corresponent marc legal, podem trobar diverses referències que ens interessa destacar en relació amb la qüestió que ens ocupa.

La Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LRBRL), disposa, en el seu article 85.2, que:

“Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. Gestión directa:

a) Gestión por la propia entidad local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local , cuyo capital social sea de titularidad pública. “

L'article 85 *bis* de la LRBRL disposa que la gestió directa dels serveis de la competència local mitjançant les formes d'organismes autònoms locals i d'entitats públiques empresarials locals, es regiran pel que disposa la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (LOFAGE) -a la qual ens remetem-, en allò que els resulti d'aplicació, amb les especialitats indicades en el mateix article 85 *bis*, esmentat. L'article 85 *ter* de la LRBRL afegeix que les societats mercantils locals es regeixen íntegrament, sigui quina sigui la seva forma jurídica, per l'ordenament jurídic privat, tret de les matèries en què els sigui d'aplicació la normativa pressupostària, contable, de control financer, de control d'eficàcia i contractació.

En l'àmbit de Catalunya, el Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, preveu la possibilitat de constituir organismes autònoms, amb personalitat jurídica pública, als quals se'ls dota d'un patrimoni independent i se'ls imputen drets i obligacions pròpies (article 254); també es fa esment de les societats mercantils i de societats mercantils d'economia mixta (articles 255 i 264), entre d'altres.

(...)

Amb tot això, i sense fer una relació exhaustiva de totes les referències normatives als ens instrumentals, queda clar que el panorama respecte d'aquests tipus d'ens és ampli i no es pot generalitzar respecte el tractament legal que reben, respecte la seva naturalesa, o respecte la seva més o menys limitada capacitat d'actuació en el tràfic jurídic.

En qualsevol cas, no es pot considerar que el conjunt d'ens instrumentals que pot crear un Ajuntament siguin equiparables, a tots els efectes, i especialment, des de la perspectiva de la protecció de dades personals, a qualsevol òrgan del propi Ajuntament.

Alguns ens instrumentals poden tenir personalitat jurídica pròpia, capacitat d'actuar en el tràfic jurídic de forma independent, com a mínim parcialment, respecte de l'Administració pública que els crea, o poden tenir entre les seves funcions, algunes que no tinguin a veure necessàriament amb les funcions directament encomanades per l'Administració corresponent, etcètera. D'això es deriva que no es pot compartir l'afirmació de la consulta, segons la qual els ens instrumentals no són *stricto sensu* aliens o tercers, ni disposen d'autonomia de la voluntat.

Aquest punt de partida, fonamentat en el marc jurídic aplicable, resulta clau en relació amb la consulta plantejada, des de la perspectiva de la protecció de dades personals, com veurem a continuació.

III

Des de la perspectiva de la protecció de dades de caràcter personal, cal tenir en compte la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD). En l'article 3.a), aquesta llei disposa que són dades de caràcter personal qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables. També cal tenir en compte el que disposa el Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel que s'aprova el Reglament de desenvolupament de la LOPD (en endavant, RLOPD).

Hem de començar per recordar quin és el règim jurídic aplicable a qualsevol comunicació de dades de caràcter personal, el qual queda matisat o excepcionat, com veurem, quan s'estableix un encàrrec del tractament.

Segons l'article 3.i) de la LOPD és cessió o comunicació de dades qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent de l'interessat.

Tenint en compte la consideració feta en aquest dictamen respecte dels ens instrumentals, hem de considerar que una comunicació de dades entre l'Ajuntament i un ens instrumental, encaixa en la definició de l'article 3.i) de la LOPD, citat, i per tant ens haurem de remetre al règim general establert en la LOPD per a les comunicacions de dades personals.

Segons disposa l'article 11 de la LOPD:

"1. Les dades de caràcter personal objecte del tractament només poden ser comunicades a un tercer per al compliment de finalitats directament relacionades amb les funcions legítimes del cedent i del cessionari amb el consentiment previ de l'interessat.

2. El consentiment que exigeix l'apartat anterior no és necessari:

a) Quan la cessió està autoritzada en una llei.

(...)"

Segons es desprèn de l'apartat 2 de l'article 11 de la LOPD, el consentiment que s'exigeix amb caràcter general no és necessari quan concorre alguna de les circumstàncies que es preveuen, entre d'altres, que la cessió de dades es trobi autoritzada en una norma amb rang de llei. Fora d'aquesta previsió o d'alguna de les altres circumstàncies previstes en l'article 11.2, citat, resulta necessari el consentiment del titular de les dades personals.

Per al cas que la comunicació es produeixi entre Administracions públiques, és rellevant tenir en compte allò que disposa l'article 21 de la LOPD:

"1. Les dades de caràcter personal recollides o elaborades per les administracions públiques per a l'exercici de les seves atribucions no han de ser comunicades a altres administracions

públiques per a l'exercici de competències diferents o de competències que tractin matèries diferents, excepte quan la comunicació hagi estat prevista per les disposicions de creació del fitxer o per una disposició de rang superior que en reguli l'ús, o quan la comunicació tingui com a objecte el tractament posterior de les dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques.

2. En tot cas, poden ser objecte de comunicació les dades de caràcter personal que una administració pública obtingui o elabori amb destinació a una altra.

3. No obstant el que estableix l'article 11.2.b), la comunicació de dades recollides de fonts accessibles al públic no es pot efectuar a fitxers de titularitat privada, si no és amb el consentiment de l'interessat o quan una llei prevegi una altra cosa.

4. En els supòsits que preveuen els apartats 1 i 2 d'aquest article no és necessari el consentiment de l'afectat a què es refereix l'article 11 d'aquesta Llei.”

Amb tot això, i vist que no es pot considerar que el conjunt d'ens instrumentals siguin a tots els efectes equiparables a un òrgan de l'Ajuntament, pot existir una comunicació de dades, ex. art. 21 de la LOPD, quan es tracti d'una comunicació entre ens públics que exerceixen potestats administratives (en aquest cas, comunicació entre l'Ajuntament i, per exemple, un organisme autònom). Això serà així, sempre i quan l'ens instrumental tingui la consideració d'Administració pública als efectes del que disposa la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

L'article 2 d'aquesta Llei 30/1992 disposa que:

“1. S'entén, als efectes d'aquesta Llei, per administracions públiques:

- a) L'Administració General de l'Estat.*
- b) Les administracions de les comunitats autònomes.*
- c) Les entitats que integren l'Administració local.*

2. Les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques tenen també la consideració d'Administració pública. Aquestes entitats han de subjectar la seva activitat a aquesta Llei quan exerceixen potestats administratives, i en la resta de la seva activitat s'han de sotmetre al que disposen les seves normes de creació.”

En aquests termes, una comunicació de dades entre l'Ajuntament i un ens instrumental pot entendre's habilitada per l'article 21 de la LOPD, si cedent i cessionari són “administració pública”, i si la comunicació es justifica per l'exercici de la mateixa competència, i de competències que tractin les mateixes matèries. En aquest cas, la comunicació queda habilitada sense que calgui disposar del consentiment dels titulars de les dades (segons el que disposa l'article 3.e) de la LOPD). No caldria, en aquest supòsit, recórrer obligatòriament a la formalització d'un encàrrec del tractament, en els termes de l'article 12 de la LOPD.

En aquest context també hem de tenir en compte que en atenció al que disposa el mateix article 21, es pot donar el supòsit de comunicació de dades entre ambdós intervinents –Ajuntament i ens instrumental-, quan la comunicació té per objecte el tractament posterior de les dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques (article 21.1, *in fine*), així com el supòsit de comunicació de dades entre l'Ajuntament i l'ens instrumental, quan un obté o elabora les dades per compte de l'altre (article 21.2 de la LOPD).

Fora d'aquests supòsits, en aquells casos en què no correspongui aplicar l'article 21 de la LOPD, per a procedir a la comunicació de dades caldrà que concorri la suficient habilitació per a la comunicació, en atenció al règim general de l'article 11 de la LOPD, és a dir, serà necessari que es disposi de la suficient habilitació en una norma amb rang legal per poder procedir a la comunicació de les dades de caràcter personal, si no es disposa del consentiment dels interessats.

Cal destacar, en aquest sentit, que pot donar-se el cas d'una comunicació de dades de l'Ajuntament amb ens instrumentals que siguin ens privats (per exemple, una fundació) i també amb ens públics que no es trobin emparats pel que disposa l'article 2 de la Llei 30/1992, citada, és a dir, que no tinguin la consideració d'Administració pública. En aquests casos, no resultaria aplicable l'article 21 de la LOPD, i hauríem de recórrer, com s'apuntava, al que disposa el règim general de comunicacions de l'article 11 de la LOPD.

De no existir aquesta suficient habilitació legal, en qualsevol altre cas sí resulta necessari per a permetre l'accés per part de l'ens instrumental a dades personals, que es formalitzi un encàrrec del tractament en els termes establerts en l'article 12 de la LOPD. Formalitzant el corresponent contracte, l'ens instrumental serà l'encarregat del tractament, i podrà accedir de forma legítima a les dades personals que es tracten sota la responsabilitat de l'Ajuntament.

Segons es preveu en l'article 12.1 de la LOPD, no es considera comunicació de dades l'accés d'un tercer a les dades quan l'accés sigui necessari per a la prestació d'un servei al responsable del tractament. La "comunicació" de dades a un encarregat del tractament ja no és tal comunicació, i per tant no caldria aplicar el règim de comunicació dels articles 11 i 21 de la LOPD. Ara bé, pel que fa a la possibilitat de dur a terme la comunicació de dades sense seguir allò previst en els articles 11 i 21 de la LOPD, citats, s'exigeix igualment que es respectin i s'apliquin en tots els seus termes les previsions de l'article 12 de la LOPD, en relació amb la figura de l'encarregat del tractament.

El mateix article 12 de la LOPD, en els seus apartats 2 a 4, tal i com es transcriu a continuació, especifica com s'ha de dur a terme l'encàrrec del tractament, perquè resulti ajustat a la normativa de protecció de dades:

"2. La realització de tractaments per compte de tercers ha d'estar regulada en un contracte que ha de constar per escrit o en alguna altra forma que permeti acreditar-ne la concertació i el contingut, i s'hi ha d'establir de manera expressa que l'encarregat del tractament només ha de tractar les dades d'acord amb les instruccions del responsable del tractament, que no les pot aplicar ni utilitzar amb una finalitat diferent de la que figuri en el contracte esmentat, ni comunicar-les a altres persones, ni tan sols per conservar-les.

El contracte també ha d'estipular les mesures de seguretat a què es refereix l'article 9 d'aquesta Llei que l'encarregat del tractament està obligat a implementar.

3. Una vegada complerta la prestació contractual, les dades de caràcter personal han de ser destruïdes o tornades al responsable del tractament, i també qualsevol suport o document en què consti alguna dada de caràcter personal objecte del tractament.

4. En cas que l'encarregat del tractament destini les dades a una altra finalitat, les comuniqui o les utilitzi incomplint les estipulacions del contracte, també ha de ser considerat responsable del tractament, i ha de respondre de les infraccions en què hagi incorregut personalment.

Aquestes previsions s'han de complementar amb allò que disposa el RLOPD respecte la figura de l'encarregat del tractament, principalment, en els articles 20 a 22, als quals ens remetem.

Com veiem, la LOPD estableix que l'accés per part d'un tercer (en aquest cas, l'ens instrumental) a dades personals quan l'accés és necessari per a la prestació d'un servei per compte del responsable del tractament (l'Ajuntament), no es considera una comunicació de dades. Això, sempre i quan aquest accés, i qualsevol tractament de dades personals dut a terme per l'ens instrumental, estigui regulat en un contracte per escrit o en alguna altra forma que permeti acreditar-ne la concertació i el contingut, en què hi consti, de manera expressa, tots i cadascun dels apartats definits en l'article 12.2, esmentat.

La conseqüència de l'obligació de definir (si escau, a manca de la corresponent habilitació legal), un encàrrec del tractament en els termes previstos en la LOPD i el RLOPD, porta a considerar que tal obligació no pot ser substituïda, en els termes plantejats en la consulta, per l'emissió d'unes

instruccions internes específiques, que substituïrien la formalització del contracte en els termes exigits per l'article 12 de la LOPD.

Les dites instruccions o ordres donades per l'Ajuntament, per bé que segons la consulta serien "d'obligat compliment sobre la finalitat i la forma en què s'ha de dur a terme el tractament per part de l'ens instrumental corresponent", resulten així insuficients, ja que no es pot considerar que donin suficient compliment a les previsions de l'article 12.2 de la LOPD, que exigeix un acord de voluntats.

Efectivament, la figura de l'encàrrec del tractament, en la configuració prevista en la LOPD, exigeix un acord de voluntats entre responsable i encarregat, és a dir, en el cas que ens ocupa, entre l'Ajuntament i l'ens instrumental. Per bé que l'Ajuntament pugui preveure determinades instruccions o ordres, si manca aquest acord de voluntats i per tant l'acceptació de l'altra part (l'encarregat), les instruccions no es podrien considerar suficients.

IV

Encara en relació amb la figura de l'encàrrec del tractament, també hem de fer esment de les consideracions que aquesta Agència fa en la Recomanació 1/2010, sobre l'encarregat del tractament en la prestació de serveis per compte d'entitats del sector públic de Catalunya, a la qual ens remetem, i que es pot consultar a la pàgina web: www.apd.cat.

En el punt 14 de la mateixa Recomanació 1/2010, es fa esment específicament dels ens instrumentals, en els següents termes:

"En l'establiment de convenis, delegacions interadministratives o encàrrecs de gestió que impliquin, per a una de les parts, el tractament de dades de caràcter personal de les quals en sigui responsable l'altra part del conveni, delegació o encàrrec de gestió, es pot establir l'acord a què fa referència l'apartat 6 d'aquesta Recomanació. En aquest cas l'entitat que tracti les dades per compte de l'altra administració tindrà la consideració d'encarregat del tractament.

Igualment, també es pot establir l'esmentat acord amb els ens instrumentals, de naturalesa pública o privada, que creïn les administracions públiques catalanes per a l'exercici de les funcions o la gestió dels serveis que tinguin atribuïts. En aquest cas l'ens instrumental tindrà la consideració d'encarregat del tractament i l'administració de què depèn seguirà mantenint la titularitat del fitxer."

Aquesta previsió referida als ens instrumentals, que estableix que "es pot establir" un encàrrec del tractament amb ens instrumentals, s'ha d'interpretar com una opció que té el responsable, que no serà necessària en qualsevol cas, ja que pot haver una habilitació legal en base al règim de comunicació de dades esmentat (articles 11 i 21 de la LOPD). Ara bé, com ha quedat dit en aquest dictamen, en el cas que no existeixi aquesta habilitació per a la comunicació de dades per part de l'Ajuntament a un ens instrumental, l'establiment d'un encàrrec del tractament deixa de ser una opció, per a convertir-se en necessària per tal de procedir a l'accés i tractament de les dades personals per part de l'ens instrumental, que només ho podrà fer de forma legítima si s'ha formalitzat el corresponent contracte (per via per exemple d'un conveni marc, o d'un contracte programa, o per via d'altres instruments que estableixin les relacions entre l'Ajuntament i l'ens instrumental), en els termes establerts en l'article 12 de la LOPD.

Finalment per tal de distingir el supòsit plantejat en la consulta d'altres supòsits, pot resultar d'interès citar el punt 16, apartat primer, de la mateixa Recomanació 1/2010, que fa esment de les relacions "intraadministratives":

“D’acord amb la normativa de protecció de dades es considera comunicació tota revelació de dades realitzada a una persona diferent de la persona interessada. Per això, d’acord amb la normativa de protecció de dades, les transmissions de dades entre òrgans que formen part d’una mateixa administració no es consideren una comunicació de dades i, per tant, no és necessària la formalització del contracte o acord d’encàrrec a què es refereix l’apartat 6 d’aquesta Recomanació, a efectes de comunicar-li les dades, sens perjudici de l’obligat compliment del principi de finalitat.”

En les relacions “intraadministratives”, la comunicació de dades no seria tal, ja que es produeix entre dos òrgans o àrees, per exemple, d’un mateix Ajuntament, i per tant no és necessari estrictament formalitzar un contracte o acord d’encàrrec en els termes de l’article 12 de la LOPD. Ara bé, ja ha quedat exposat que no és aquest el cas plantejat en la consulta, referit a les comunicacions a ens instrumentals, doncs aquests no són equiparables, als efectes que ens interessin, a un òrgan del propi l’Ajuntament.

En qualsevol cas, quedi apuntat que, fins i tot en casos de comunicacions de dades en les relacions “intraadministratives”, no es descarta la possibilitat, aquí sí, opcional, de valorar la conveniència d’establir un encàrrec del tractament, tal i com s’exposa en el mateix punt 16 de la Recomanació citada, apartat segon:

“No obstant això, en aquests casos es recomana igualment que, amb caràcter previ a la comunicació, el responsable del fitxer o tractament recordi a l’òrgan destinatari de la informació la necessitat de complir el deure de confidencialitat, les mesures de seguretat aplicables i la resta d’extrems a què es refereix l’apartat 7.1 d’aquesta Recomanació.”

Per tot això es fan les següents,

Conclusions

L’anomenada “administració instrumental” inclou un conjunt molt divers d’entitats que poden estar dotades de personalitat jurídica, patrimoni i pressupost propis, i poden tenir una denominació, naturalesa, tipologia i règim jurídic molt divers entre sí, i no es pot generalitzar respecte el tractament legal que reben. Per tant, no es pot considerar que el conjunt d’ens instrumentals que pot crear un Ajuntament siguin equiparables, a tots els efectes, i especialment, des de la perspectiva de la protecció de dades personals, a qualsevol òrgan del propi Ajuntament.

La comunicació de dades entre un Ajuntament i un ens instrumental encaixa en la definició de l’article 3.i) de la LOPD. L’ens instrumental ha de ser considerat un “tercer” aliè a l’Ajuntament i al titular de les dades, i per tant cal sotmetre aquesta comunicació al règim general establert en la LOPD (articles 11 i 21).

Pot existir una comunicació de dades, *ex. art. 21* de la LOPD, quan es tracti d’una comunicació entre un Ajuntament i un ens instrumental, sempre i quan l’ens instrumental tingui la consideració d’Administració pública als efectes del que disposa la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

En aquells casos en què no correspongui aplicar l’article 21 de la LOPD, per a procedir a la comunicació de dades, en atenció al règim general de l’article 11 de la LOPD, serà necessari que es disposi de la suficient habilitació en una norma amb rang legal, si no es disposa del consentiment dels interessats.

En els supòsits en què no es disposi d’habilitació d’acord amb els articles esmentats de la LOPD, es pot legitimar l’accés a dades personals que es tracten sota la responsabilitat de l’Ajuntament per

part d'un ens instrumental, mitjançant la formalització d'un encàrrec del tractament a través del corresponent contracte o instrument adient, en els termes establerts en l'article 12 de la LOPD.

Resulta insuficient als efectes de formalitzar un encàrrec del tractament, la substitució del contracte previst en l'article 12 de la LOPD per altres tipus d'instruccions i ordres donades pel responsable a l'ens instrumental, ja que aquestes no s'ajusten a les exigències del règim previst en la LOPD per a la figura de l'encarregat del tractament, que exigeix un acord de voluntats.