

Dictamen en relación con la consulta planteada por un Ayuntamiento sobre el tratamiento de datos personales que realizan los entes instrumentales

Se presenta ante la Agencia Catalana de Protección de Datos un escrito de un Ayuntamiento, en el que se solicita la opinión de la Agencia en relación con el tratamiento de datos realizado por entes instrumentales.

Concretamente, se plantea si dicho tratamiento requiere la suscripción previa del contrato previsto para los encargos de tratamiento en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, o si, por el contrario, se pueden formalizar unas instrucciones u órdenes específicas que el órgano municipal competente dirigiría a dichos entes instrumentales.

Analizada la consulta, teniendo en cuenta la normativa vigente aplicable, y visto el informe de la Asesoría Jurídica, se dictamina lo siguiente:

I

[...]

II

La consulta plantea si el tratamiento de datos por parte de entes instrumentales del Ayuntamiento requiere la suscripción previa del contrato previsto en el artículo 12 de la LOPD para el encargo del tratamiento, y concretamente, el Ayuntamiento sostiene que lo que «procedería en estos casos sería la formalización de unas instrucciones u órdenes específicas que el órgano municipal competente dirigiera a dichos entes».

La consulta considera que estos tratamientos llevados a cabo por organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades municipales, etc. se realizan exclusivamente para el cumplimiento de las finalidades públicas que les han sido atribuidas por el propio Ayuntamiento, de modo que, estrictamente, y según considera el Ayuntamiento, no son «ajenos» o «terceros», ni disponen de autonomía de la voluntad, sino que se integran en el Ayuntamiento y forman parte del mismo desde los puntos de vista organizativo, funcional, presupuestario, etc. Según el planteamiento de la consulta, la actuación de los entes instrumentales municipales está totalmente condicionada por las decisiones del propio Ayuntamiento, lo que llevaría a no tener que formalizar el contrato previsto en el artículo 12 de la LOPD, sino que solo sería necesario emitir unas instrucciones internas específicas.

Para fundamentar esta consideración, en la consulta se menciona diversa normativa, además de la normativa de protección de datos, como la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre) o la normativa de responsabilidad patrimonial, presupuestaria o procesal, entre otras; cada una de las cuales, desde su perspectiva, llevaría a considerar, según se expone en la consulta, que los entes instrumentales se integran plenamente, a todos los efectos, en la estructura del Ayuntamiento, y que por lo tanto no sería necesario el establecimiento del contrato previsto en el artículo 12 de la LOPD.

En respuesta a la cuestión planteada, hay que decir que la denominada «Administración instrumental» incluye un conjunto muy variado de entidades, que pueden estar dotadas de personalidad jurídica, patrimonio y presupuesto propios, y

que pueden tener una denominación, una naturaleza, una tipología y un régimen jurídico muy diversos entre sí, aunque, ciertamente, tienen la característica común de servir de instrumento de actuación para el correspondiente ente público territorial, en este caso, un Ayuntamiento.

En el ámbito local, un Ayuntamiento, igual que las demás entidades locales, puede desplegar su potestad de organización creando los entes instrumentales que considere necesarios. En el correspondiente marco legal, podemos encontrar varias referencias que nos interesa destacar en relación con la cuestión que nos ocupa.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), dispone, en su artículo 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.»

El artículo 85 *bis* de la LRBRL establece que la gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirá por lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), a la que nos remitimos, en lo que les resulte de aplicación, con las especialidades indicadas en dicho artículo 85 *bis*. El artículo 85 *ter* de la LRBRL añade que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación.

En el ámbito de Cataluña, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, contempla la posibilidad de constituir organismos autónomos con personalidad jurídica pública, a los que se les dota de un patrimonio independiente y se les imputan derechos y obligaciones propios (artículo 254); también se mencionan las sociedades mercantiles y las sociedades mercantiles de economía mixta (artículos 255 y 264), entre otros.

[...]

Con todo ello, y sin hacer una relación exhaustiva de todas las referencias normativas a los entes instrumentales, queda patente que el panorama en cuanto a este tipo de entes es amplio y no se puede generalizar respecto al tratamiento legal que reciben, respecto a su naturaleza o respecto a su más o menos limitada capacidad de actuación en el tráfico jurídico.

En cualquier caso, no se puede considerar que, en su conjunto, los entes instrumentales que puede crear un Ayuntamiento sean equiparables, a todos los

efectos, y especialmente, desde la perspectiva de la protección de datos personales, a cualquier órgano del propio Ayuntamiento.

Algunos entes instrumentales pueden tener personalidad jurídica propia y capacidad de actuar en el tráfico jurídico de forma independiente, al menos parcialmente, respecto a la Administración pública que los crea, o pueden tener, entre sus funciones, algunas que no estén necesariamente relacionadas con las funciones directamente encomendadas por la Administración correspondiente, etc. De ello se deriva que no se puede compartir la afirmación de la consulta, según la cual los entes instrumentales no son *stricto sensu* ajenos o terceros, ni disponen de autonomía de la voluntad.

Este punto de partida, fundamentado en el marco jurídico aplicable, resulta clave en relación con la consulta planteada, desde la perspectiva de la protección de datos personales, como veremos a continuación.

III

Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD). En el artículo 3.a), dicha Ley establece que son datos de carácter personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. También hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD (en adelante, RLOPD).

Debemos empezar por recordar cuál es el régimen jurídico aplicable a cualquier comunicación de datos de carácter personal, el cual queda matizado o excepcionado, como veremos, cuando se establece un encargo del tratamiento.

Según el artículo 3.i) de la LOPD, es cesión o comunicación de datos toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

Teniendo en cuenta la consideración efectuada en este dictamen respecto a los entes instrumentales, debemos considerar que una comunicación de datos entre el Ayuntamiento y un ente instrumental encaja en la definición de dicho artículo 3.i) de la LOPD, por lo que tendremos que remitirnos al régimen general establecido en la LOPD para las comunicaciones de datos personales.

Según dispone el artículo 11 de la LOPD:

«1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.

[...] »

Según se desprende del apartado 2 del artículo 11 de la LOPD, el consentimiento que se exige con carácter general no es necesario cuando concurre alguna de las circunstancias que se contemplan; entre otras, que la cesión de datos se encuentre autorizada en una norma con rango de ley. Fuera de esta disposición o de alguna de las demás circunstancias contempladas en dicho artículo 11.2, resulta necesario el consentimiento del titular de los datos personales.

En caso de que la comunicación se produzca entre Administraciones públicas, es relevante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la LOPD:

- «1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.
2. Podrán, en todo caso, ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración pública obtenga o elabore con destino a otra.
3. No obstante lo establecido en el artículo 11.2.b), la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa.
4. En los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo no será necesario el consentimiento del afectado a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley.»

Con todo ello, y visto que no se puede considerar que, en su conjunto, los entes instrumentales sean a todos los efectos equiparables a un órgano del Ayuntamiento, puede existir una comunicación de datos, según el artículo 21 de la LOPD, cuando se trate de una comunicación entre entes públicos que ejerzan potestades administrativas (en este caso, la comunicación entre el Ayuntamiento y, por ejemplo, un organismo autónomo). Esto será así siempre y cuando el ente instrumental tenga la consideración de Administración pública a efectos de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 2 de dicha Ley 30/1992 dispone que:

- «1. Se entiende a los efectos de esta Ley, por Administraciones Públicas:
 - a) La Administración General del Estado.
 - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
 - c) Las Entidades que integran la Administración Local.
2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.»

En estos términos, una comunicación de datos entre el Ayuntamiento y un ente instrumental puede entenderse habilitada por el artículo 21 de la LOPD si cedente y cesionario son «Administración Pública», y si la comunicación se justifica por el ejercicio de la misma competencia, y de competencias que traten las mismas materias. En este caso, la comunicación queda habilitada sin necesidad de disponer del consentimiento de los titulares de los datos (según lo dispuesto en el artículo 3.e) de la LOPD). En este supuesto, no sería necesario recurrir obligatoriamente a la formalización de un encargo del tratamiento, en los términos del artículo 12 de la LOPD.

En este contexto, también debemos tener en cuenta que, en atención a lo dispuesto en el mismo artículo 21, se puede dar el supuesto de comunicación de datos entre ambos intervinientes —Ayuntamiento y ente instrumental— cuando la comunicación tiene por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos (artículo 21.1, *in fine*), así como el supuesto de comunicación de datos entre

el Ayuntamiento y el ente instrumental cuando uno obtiene o elabora los datos por cuenta del otro (artículo 21.2 de la LOPD).

Fuera de dichos supuestos, en los casos en que no corresponda aplicar el artículo 21 de la LOPD, para proceder a la comunicación de datos deberá concurrir la suficiente habilitación para la comunicación, en atención al régimen general del artículo 11 de la LOPD; es decir, será necesario que se disponga de la suficiente habilitación en una norma con rango de ley para poder proceder a la comunicación de los datos de carácter personal, si no se dispone del consentimiento de los interesados.

Hay que destacar, en este sentido, que puede darse el caso de una comunicación de datos del Ayuntamiento con entes instrumentales que sean entes privados (por ejemplo, una fundación) y también con entes públicos que no se encuentren amparados por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 30/1992, antes citado; es decir, que no tengan la consideración de Administración pública. En estos casos, no resultaría aplicable el artículo 21 de la LOPD, y tendríamos que recurrir, como se apuntaba, a lo dispuesto en el régimen general de comunicaciones del artículo 11 de la LOPD.

De no existir dicha habilitación legal suficiente, en cualquier otro caso sí resultaría necesario, para permitir el acceso a datos personales por parte del ente instrumental, que se formalizara un encargo del tratamiento en los términos establecidos en el artículo 12 de la LOPD. Suscribiendo el correspondiente contrato, el ente instrumental será el encargado del tratamiento, y podrá acceder de forma legítima a los datos personales que se traten bajo la responsabilidad del Ayuntamiento.

Según lo establecido en el artículo 12.1 de la LOPD, no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento. La «comunicación» de datos a un encargado del tratamiento ya no es tal comunicación, por lo que ya no habría que aplicar el régimen de comunicación de los artículos 11 y 21 de la LOPD. Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo la comunicación de datos sin seguir lo establecido en dichos artículos 11 y 21 de la LOPD, se exige igualmente que se respeten y se apliquen, en todos sus términos, las disposiciones del artículo 12 de la LOPD, en relación con la figura del encargado del tratamiento.

El mismo artículo 12 de la LOPD, en sus apartados del 2 al 4, tal como se transcribe a continuación, especifica cómo se llevará a cabo el encargo del tratamiento, para que resulte ajustado a la normativa de protección de datos:

«2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley, que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

Estas disposiciones se deben complementar con lo establecido en el RLOPD respecto a la figura del encargado del tratamiento, principalmente, en los artículos del 20 al 22, a los que nos remitimos.

Como vemos, la LOPD establece que el acceso por parte de un tercero (en este caso, el ente instrumental) a datos personales cuando el acceso es necesario para la prestación de un servicio por cuenta del responsable del tratamiento (el Ayuntamiento) no se considera una comunicación de datos. Y ello siempre y cuando dicho acceso, y cualquier tratamiento de datos personales llevado a cabo por el ente instrumental, esté regulado en un contrato por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, en el que consten, de manera expresa, todos y cada uno de los apartados definidos en el artículo 12.2, antes citado.

La consecuencia de la obligación de definir (en su caso, a falta de la correspondiente habilitación legal) un encargo del tratamiento, en los términos establecidos en la LOPD y el RLOPD, lleva a considerar que dicha obligación no puede ser sustituida, en los términos planteados en la consulta, por la emisión de unas instrucciones internas específicas, que sustituirían la formalización del contrato en los términos exigidos por el artículo 12 de la LOPD.

Dichas instrucciones u órdenes dadas por el Ayuntamiento, aunque según la consulta serían «de obligado cumplimiento sobre la finalidad y la forma en que debe llevarse a cabo el tratamiento por parte del ente instrumental correspondiente», resultan así insuficientes, ya que no se puede considerar que den suficiente cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la LOPD, que exige un acuerdo de voluntades.

Efectivamente, la figura del encargo del tratamiento, en la configuración prevista en la LOPD, exige un acuerdo de voluntades entre responsable y encargado; es decir, en el caso que nos ocupa, entre el Ayuntamiento y el ente instrumental. Aunque el Ayuntamiento pueda establecer determinadas instrucciones u órdenes, a falta de dicho acuerdo de voluntades, y por lo tanto, de la aceptación de la otra parte (el encargado), las instrucciones no se podrían considerar suficientes.

IV

Y aún en relación con la figura del encargo del tratamiento, también debemos mencionar las consideraciones que esta Agencia hace en la Recomendación 1/2010, sobre el encargado del tratamiento en la prestación de servicios por cuenta de entidades del sector público de Cataluña, a la que nos remitimos, y que se puede consultar en la web: www.apd.cat.

En el punto 14 de dicha Recomendación 1/2010, se hace referencia específicamente a los entes instrumentales, en los términos siguientes:

«En el establecimiento de convenios, delegaciones interadministrativas o encargos de gestión que impliquen, para una de las partes, el tratamiento de datos de carácter personal de los que sea responsable la otra parte del convenio, delegación o encargo de gestión, se podrá establecer el acuerdo al que se refiere el apartado 6 de esta Recomendación. En este caso, la entidad que trate los datos por cuenta de la otra Administración tendrá la consideración de encargado del tratamiento.

Igualmente, también se podrá establecer el mencionado acuerdo con los entes instrumentales, de naturaleza pública o privada, que creen las Administraciones públicas catalanas para el ejercicio de las funciones o la gestión de los servicios que tengan atribuidos. En este caso, el ente instrumental tendrá la consideración de

encargado del tratamiento y la Administración de la que depende seguirá manteniendo la titularidad del fichero.»

Esta disposición referida a los entes instrumentales, que prevé que «se podrá establecer» un encargo del tratamiento con entes instrumentales, debe interpretarse como una opción que tiene el responsable, que no será necesaria en todos los casos, ya que puede haber una habilitación legal en base al régimen de comunicación de datos mencionado (artículos 11 y 21 de la LOPD). Ahora bien, como ha quedado dicho en este dictamen, en caso de que no exista tal habilitación para la comunicación de datos por parte del Ayuntamiento a un ente instrumental, el establecimiento de un encargo del tratamiento deja de ser una opción, para convertirse en necesario para proceder al acceso y tratamiento de los datos personales por parte del ente instrumental, que solamente lo podrá hacer de forma legítima si se ha formalizado el correspondiente contrato (por vía, por ejemplo, de un convenio marco o de un contrato programa, o por vía de otros instrumentos que establezcan las relaciones entre el Ayuntamiento y el ente instrumental), en los términos establecidos en el artículo 12 de la LOPD.

Por último, a fin de distinguir el supuesto planteado en la consulta de otros supuestos, puede resultar de interés citar el punto 16, apartado primero, de la misma Recomendación 1/2010, que hace referencia a las relaciones «intraadministrativas»:

«De acuerdo con la normativa de protección de datos se considera comunicación toda revelación de datos realizada a una persona diferente de la persona interesada. Por ello, de acuerdo con la normativa de protección de datos, las transmisiones de datos entre órganos que forman parte de una misma Administración no se considerarán una comunicación de datos y, por lo tanto, no será necesaria la formalización del contrato o acuerdo de encargo al que se refiere el apartado 6 de esta Recomendación, al efecto de comunicarle los datos, sin perjuicio del obligado cumplimiento del principio de finalidad.»

En las relaciones «intraadministrativas», la comunicación de datos no sería tal, ya que se produce entre dos órganos o áreas, por ejemplo, de un mismo Ayuntamiento, por lo que no es necesario, estrictamente, formalizar un contrato o acuerdo de encargo en los términos del artículo 12 de la LOPD. Ahora bien, ya ha quedado expuesto que no es este el caso planteado en la consulta, referido a las comunicaciones a entes instrumentales, pues estos no son equiparables, a los efectos que nos interesan, a un órgano del propio del Ayuntamiento.

En cualquier caso, quede apuntado que, incluso en casos de comunicaciones de datos en las relaciones «intraadministrativas», no se descarta la posibilidad, aquí sí, opcional, de valorar la conveniencia de establecer un encargo del tratamiento, tal como se expone en el mismo punto 16 de la Recomendación citada, apartado segundo:

«No obstante, en estos casos se recomienda igualmente que, con carácter previo a la comunicación, el responsable del fichero o tratamiento recuerde al órgano destinatario de la información la necesidad de cumplir con el deber de confidencialidad, las medidas de seguridad aplicables y el resto de extremos a los que se refiere el apartado 7.1 de esta Recomendación.»

Por todo ello, se formulan las siguientes

Conclusiones

La denominada «Administración instrumental» incluye un conjunto muy variado de entidades, que pueden estar dotadas de personalidad jurídica, patrimonio y presupuesto propios, y pueden tener una denominación, una naturaleza, una tipología y un régimen jurídico muy diversos entre sí, y no se puede generalizar respecto al tratamiento legal que reciben. Por consiguiente, no se puede considerar que, en su conjunto, todos los entes instrumentales que puede crear un Ayuntamiento sean equiparables, a todos los efectos, y especialmente, desde la perspectiva de la protección de datos personales, a cualquier órgano del propio Ayuntamiento.

La comunicación de datos entre un Ayuntamiento y un ente instrumental encaja en la definición del artículo 3.i) de la LOPD. El ente instrumental debe ser considerado un «tercero» ajeno al Ayuntamiento y al titular de los datos, por lo que es preciso someter dicha comunicación al régimen general establecido en la LOPD (artículos 11 y 21).

Puede existir una comunicación de datos, según el artículo 21 de la LOPD, cuando se trate de una comunicación entre un Ayuntamiento y un ente instrumental, siempre y cuando el ente instrumental tenga la consideración de Administración pública a efectos de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En los casos en que no corresponda aplicar el artículo 21 de la LOPD, para proceder a la comunicación de datos, en atención al régimen general del artículo 11 de la LOPD, será necesario que se disponga de la suficiente habilitación en una norma con rango de ley, si no se dispone del consentimiento de los interesados.

En los supuestos en que no se disponga de habilitación de acuerdo con los artículos mencionados de la LOPD, se puede legitimar el acceso a los datos personales que se traten, bajo la responsabilidad del Ayuntamiento, por parte de un ente instrumental, mediante la formalización de un encargo del tratamiento a través del correspondiente contrato o instrumento adecuado, en los términos establecidos en el artículo 12 de la LOPD.

Resulta insuficiente, a efectos de formalizar un encargo del tratamiento, la sustitución del contrato previsto en el artículo 12 de la LOPD por otros tipos de instrucciones y órdenes dadas por el responsable al ente instrumental, ya que las mismas no se ajustan a las exigencias del régimen establecido en la LOPD para la figura del encargado del tratamiento, que exige un acuerdo de voluntades.