

**Dictamen en relació amb la consulta formulada per un Ajuntament sobre l'aplicació de la normativa de protecció de dades de caràcter personal al supòsit de reversió d'una concessió administrativa d'un servei municipal.**

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit de l'alcalde d'un Ajuntament en què sol·licita el parer de l'Autoritat sobre l'aplicació de la normativa de protecció de dades de caràcter personal al supòsit de reversió d'una concessió administrativa d'un servei municipal. (...)

Analitzada la petició, vista la normativa vigent aplicable i l'informe de l'Assessoria Jurídica, s'emet el dictamen següent.

**Fonaments Jurídics**

**I**

(...)

**II**

En l'escrit de consulta s'exposa que l'Ajuntament considera que en tractar-se d'una concessió administrativa, per via de la figura de la reversió, l'entitat que venia prestant el servei ha de retornar a l'Ajuntament les dades dels usuaris del Camp de Golf municipal i que, en tractar-se d'un servei municipal gestionat indirectament via concessió l'Ajuntament n'és el titular i l'entitat privada l'encarregat del tractament i ha de retornar les dades sense necessitat de requerir el consentiment dels usuaris del servei.

Examinada la documentació que s'acompanya, i centrant-nos, exclusivament en els aspectes relatius a la protecció de dades, pel fet que l'Autoritat limita les seves funcions a la protecció de dades de caràcter personal, analitzarem en primer lloc si el l'entitat privada concessionària té o no la consideració d'encarregat del tractament - com sosté l'Ajuntament en la seva consulta- atès que això serà un element determinant de la resposta que es pugui donar a la qüestió plantejada.

**III**

L'article 5.1.i) del Reglament de desplegament de la LOPD (RLOPD), aprovat pel Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, defineix l'encarregat del tractament com *"la persona física o jurídica, pública o privada, o òrgan administratiu que, sol o conjuntament amb altres, tracti dades personals per compte del responsable del tractament o del responsable del fitxer, com a conseqüència de l'existència d'una relació jurídica que l'hi vincula i delimita l'àmbit de la seva actuació per a la prestació d'un servei"*

A això cal afegir-hi que l'article 12.2 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) disposa que 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'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.
- Que no les pot comunicar a altres persones, ni tan sols per a la seva conservació.
- Les mesures de seguretat que correspon implementar.

L'apartat 3 d'aquest article disposa també que 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.

D'acord amb aquestes previsions, en cas que l'entitat privada tingués la consideració d'encarregat del tractament, la reversió de la concessió implicaria l'obligació de retorn a l'Ajuntament de les dades personals vinculades a l'explotació del servei, com seria el cas de les dades dels usuaris del servei. És per això, entre d'altres motius, que resulta recomanable que en el moment de l'atorgament de la concessió per a la gestió d'un servei públic que impliqui el tractament de dades personals, s'inclouï les clàusules adients d'acord amb l'art. 12 LOPD. Ens remetem sobre això a la Recomanació 1/2010, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, sobre l'encarregat del tractament en la prestació de serveis per compte d'entitats del sector públic de Catalunya, disponible a <http://www.apd.cat>.

Ara bé, en el cas que ens ocupa i d'acord amb la documentació que s'acompanya, no s'acredita que s'hagi subscrit un contracte d'encarregat del tractament, ni que en el conveni tramès hi figuri cap clàusula que incorpori les previsions de l'article 12 LOPD. L'entitat concessionària, per tant no gaudiria de la condició d'encarregat del tractament.

L'article 3 i) de la LOPD defineix *cessió o comunicació de dades* qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent de l'interessat. D'acord amb això, el lliurament de les dades dels usuaris del Club de Golf Municipal a l'Ajuntament suposaria una cessió de dades de caràcter personal i, per tant, sotmesa al règim de comunicació de dades establert a l'article 11 de la LOPD, sense que sigui d'aplicació l'excepció a aquest règim prevista a l'article 12 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD).

En no poder ser considerat com encarregat del tractament, l'entitat concessionària s'ha de considerar responsable de la informació que hagi recollit com a conseqüència del funcionament del servei.

#### IV

L'article 5 de la LOPD estableix el deure d'informació pel responsable del fitxer o tractament. En concret, aquest article disposa que els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca, entre d'altres extrems, 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.

Resulta d'interès en aquest apartat recordar el que estableix la Sentència del Tribunal Constitucional 292/2000:

“7. De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar , y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”.

De la documentació que s'acompanya a la consulta no s'acredita que l'entitat concessionària, en el moment de la recollida de les dades dels usuaris, informés a aquests que el servei es prestava per part d'aquesta entitat per compte de l'Ajuntament. De fet no consta ni tan sols que s'hagués informat en cap sentit de les previsions de l'article 5 LOPD.

Això és rellevant perquè en la mesura que els usuaris del servei en lliurar les seves dades hagi estat conscients de lliurar-les a una empresa privada o a una empresa privada que estava actuant com a gestora d'un servei municipal pot ser decisiu a l'hora de decidir si la comunicació de les dades a l'Ajuntament compta amb el consentiment de la persona afectada o no.

Si l'empresa privada, en el moment de la recollida de les dades personals dels usuaris hagués informat que les seves dades eren recollides amb la finalitat de gestionar el servei municipal objecte de la concessió administrativa i, en la mesura que la informació facilitada d'acord amb l'article 5 de la LOPD hagués estat suficientment clara i inequívoca, es podria considerar que els usuaris de les instal·lacions del camp de golf eren conscients de la titularitat municipal del servei i que per tant, en decidir participar-hi accedien també a què les seves dades fossin conegudes per

l'administració municipal. Ens trobaríem doncs, davant de l'existència d'un consentiment tàcit (art. 11.2.a) LOPD.

En cas però, de manca d'informació respecte la titularitat municipal del servei o que la informació facilitada en aquest sentit als usuaris no hagués estat prou clara no es podria considerar que existeixi consentiment de les persones afectades, atès que l'article 3.h) de la LOPD estableix que el consentiment ha de ser "informat", és a dir, amb ple coneixement de quin serà el destí de les seves dades. En aquest cas, atès el que disposa l'article 11.2 de la LOPD caldrà habilitació legal per procedir a la comunicació d'informació personal sense el consentiment dels usuaris.

En el cas que ens ocupa, aquesta norma amb rang de llei podria trobar-se a la lletra c) de l'article 11.2 LOPD, el qual preveu la possibilitat de comunicar les dades quan el tractament correspongui a la lliure i legítima acceptació d'una relació jurídica el desplegament i compliment i control de la qual impliqui necessàriament la connexió de dit tractament amb fitxers de tercers.

Tot i que no s'ha acreditat en la documentació que s'adjunta la constitució del Camp de Golf com a servei públic, tal com requereixen els arts 246 i 247 del 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 (TRLMRLC) i l'art. 58 i ss del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny, sembla desprendre's del text del conveni que ens trobem davant d'un servei públic municipal. De ser així, cal tenir en compte que en tant que administració titular del servei, corresponen a l'Ajuntament un seguit de potestats i responsabilitats inherents a aquest servei.

La gestió de serveis locals està sotmesa, perquè així ho estableix la normativa vigent, a un seguit de controls per part de l'administració titular del servei. L'article 251 del TRLMRLC preveu la potestat de control i modificació sobre un servei de titularitat dels ens locals. A més cal tenir en compte que en matèria de serveis públics regeix el principi de continuïtat dels serveis (art. 250 TRLMRLC) que correspon garantir a l'administració que n'és titular i que impedeix interrompre la prestació del servei pel fet que es produeixi un canvi en l'entitat que n'és la gestora.

D'acord amb això, l'habilitació legal per procedir a la comunicació d'informació personal sense el consentiment dels usuaris la podríem trobar també en la mateixa LOPD, atès que la lletra c) de l'article 11.2 preveu la possibilitat de comunicar les dades, sense el consentiment dels afectats, quan el tractament correspongui a la lliure i legítima acceptació d'una relació jurídica el desplegament, compliment i control de la qual impliqui necessàriament la connexió de dit tractament amb fitxers de tercers.

D'acord amb les consideracions fetes en aquests fonaments jurídics en relació amb la consulta plantejada, es fan les següents,

## **Conclusions**

La comunicació de dades entre l'empresa concessionària i l'Ajuntament no es pot emparar en un contracte d'encàrrec de tractament atès que no s'acredita la seva formalització amb les previsions de l'article 12.2 de la LOPD.

La comunicació de dades personals vinculades a la prestació del servei local de Camp de Golf entre una empresa privada i l'Ajuntament trobaria habilitació legal en el que disposen els articles 11.2 a) de la LOPD si es va informar degudament els ciutadans

que la informació es recollia per a la prestació d'un servei municipal. Altrament, la comunicació també podria trobar habilitació a l'article 11.2. c) de la LOPD en la mesura que es tracti d'informació que ha de ser comunicada a l'entitat municipal per a l'exercici de les funcions que li corresponen com a titular del servei.

Barcelona, 28 d'abril de 2011