

Dictamen en relació amb la consulta formulada per un ajuntament sobre la responsabilitat del tractament de les dades personals necessàries per la prestació d'un servei públic municipal per l'empresa que n'és concessionària

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit emès per un ajuntament sobre la titularitat de les dades personals objecte de tractament en la prestació d'un servei públic municipal per l'empresa que n'és concessionària.

S'adjunta a l'escrit, còpia del contracte de gestió del servei públic per a la construcció i explotació d'un complex esportiu al municipi.

Analitzada la petició i la documentació que l'acompanya, i vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent:

I

(...)

II

L'Ajuntament manifesta, en el seu escrit de consulta, que ha adjudicat un contracte de concessió d'obra i servei públic per a la construcció i l'explotació d'un equipament esportiu.

Tot seguit, afegeix que l'empresa concessionària entén que li correspon la propietat de les dades personals dels abonats que s'empren per a la prestació del servei i que, sense consulta prèvia a l'Ajuntament, ha declarat el fitxer resultant a l'Agència de Protecció de Dades.

Per contra, l'Ajuntament considera que li correspon a ell la propietat de les dades, atès que és el titular del servei i que, per tal d'exercir les facultats de control i fiscalització en la seva gestió, ha de poder tenir accés a aquestes dades.

Tenint en compte aquests fets, l'Ajuntament planteja a aquesta Autoritat les qüestions següents:

1. En un cas com aquest, d'una relació contractual entre l'administració titular d'un servei i el concessionari del servei, quina persona jurídica s'ha de considerar responsable de les dades i titular del fitxer.
2. Si s'entén que l'Ajuntament és el responsable i el concessionari només l'encarregat del tractament es podria procedir a un canvi en la titularitat d'aquest fitxer que ja ha estat declarat pel concessionari.

Aquestes qüestions s'analitzen en els apartats següents d'aquest dictamen.

III

Per tal de determinar quina entitat és la responsable del tractament de les dades personals dut a terme en el cas examinat, cal tenir present, d'entrada, les definicions que efectua la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) en relació amb aquestes dues figures.

Segons l'article 3.d) és responsable del fitxer o del tractament *"la persona física o jurídica, de naturalesa pública o privada, o òrgan administratiu que decideix sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament"*.

Tenint en compte aquestes definicions, per tant, podria ser responsable del tractament tant l'Ajuntament com l'empresa concessionària, en funció de qui sigui qui decideixi sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament de les dades.

En relació amb aquest extrem, cal tenir present allò establert a l'article 66.3 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). Aquest precepte determina quines seran les competències pròpies dels municipis, entre les quals cal destacar, als efectes que interessin en el present dictamen, *"les activitats i les instal·lacions culturals i esportives, l'ocupació del lleure, el turisme"* (lletra n).

En el cas que s'examina, la prestació, en concret, del servei públic consistent en la construcció i l'explotació d'un complex esportiu en el municipi s'efectua a través d'una societat limitada amb què l'Ajuntament ha establert un contracte (el qual s'aporta amb la consulta).

Atesa la titularitat pública del servei, vinculada al principi d'irrenunciabilitat de les competències i de continuïtat dels serveis públics (article 12 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú), és clar que l'Ajuntament és el responsable últim de la prestació d'aquest servei, així com de tots els elements que en formen part, com ara la informació associada a la seva prestació, que inclou la informació de caràcter personal.

Des del punt de vista del dret a la protecció de dades, l'Ajuntament hauria de disposar del corresponent fitxer (article 3.b) LOPD) que contingui les dades personals dels abonats necessàries per a la prestació d'aquest servei, creat mitjançant una disposició general d'acord amb allò establert a l'article 20 de la LOPD i haver-lo inscrit en el corresponent Registre de Protecció de Dades.

En aquest sentit, s'ha pogut constatar per aquesta Autoritat que l'Ajuntament té inscrit en el Registre de Protecció de Dades de Catalunya el fitxer "**Esports**" que, per la finalitat descrita i les dades que es pretenen recollir, donaria cobertura al tractament de dades esmentat.

D'acord amb aquestes consideracions, per tant, l'Ajuntament, titular del servei, podria ser també el responsable del fitxer o tractament de les dades dels abonats necessàries per a la seva explotació. Sent així, l'empresa concessionària podria actuar, en el tractament d'aquestes dades, com encarregada del tractament (article 3.g) LOPD).

Segons l'article 3.g) de la LOPD és encarregat del tractament *"la persona física o jurídica, l'autoritat pública, el servei o qualsevol altre organisme que, sol o conjuntament amb altres, tracti dades personals per compte del responsable del tractament"*.

De fet, cal tenir en compte que, d'acord amb la Disposició addicional 26a del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, en el cas que, com ara l'examinat, la contractació de la prestació del servei *"implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél tendrá la consideración de encargado del tratamiento. En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la LOPD. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito."*

El citat article 12 de la LOPD estableix que el tractament de dades per compte de tercers requereix que ambdues entitats (ajuntament i empresa) signin un contracte d'encàrrec del tractament en què es determini de manera expressa:

- a) Que l'encarregat del tractament ha de tractar les dades d'acord amb les instruccions del responsable del tractament.
- b) Que no pot aplicar ni utilitzar les dades amb una finalitat diferent de la que figuri en el contracte, ni comunicar-les a altres persones, ni tant sols per a la seva conservació.
- c) Les mesures de seguretat que l'encarregat està obligat a implementar.
- d) El retorn o la destrucció de les dades, un cop complerta la prestació contractual.

En relació amb la subscripció d'aquest contracte d'encarregat del tractament, i per tal de donar compliment en aquest sentit a la resta d'obligacions derivades de la normativa de protecció de dades, es recomana seguir les instruccions donades per l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades en la seva Recomanació 1/2010 sobre l'encarregat del tractament en la prestació de serveis per compte d'entitats del sector públic de Catalunya, disponible al web de l'Autoritat www.apd.cat. En concret, es recomana consultar els annexos III i IV de la Recomanació on figuren models orientatius de clàusules a incorporar en el contracte que se signi.

Si bé la situació descrita seria la més idònia, cal fer avinent que, per la informació de què es disposa, aquest no sembla ser el cas del supòsit que ara s'examina. Analitzat, en aquest sentit, el contracte de gestió del servei públic adjuntat a l'escrit de consulta, es constata que no hi figura cap clàusula contractual ni cap document que incorpori els extrems assenyalats en aquest article 12 de la LOPD. L'única referència que s'inclou la trobem en la seva clàusula XXI, en què s'estableix l'obligació del concessionari a "*respectar la legislació de protecció de dades i assumir clàusules de confidencialitat sobre les dades de què disposi per a la gestió del servei*". Aquesta previsió però no pot considerar-se en cap cas suficient des del punt de vista de la normativa de protecció de dades.

Així doncs, la manca d'existència d'un contracte d'encarregat del tractament entre l'Ajuntament i l'empresa concessionària amb els termes indicats a l'article 12 de la LOPD portaria a concloure que, en aquest cas concret, l'empresa concessionària no gaudeix de la condició d'encarregat del tractament.

De fet, d'acord amb les manifestacions de l'Ajuntament en l'escrit de consulta, cal tenir present que l'empresa concessionària hauria elaborat la seva pròpia base de dades d'abonats per tal de dur a terme la gestió del servei, extrem constatat per aquesta Autoritat. En el *Registro de la Agencia Española de Protección de Datos* consta inscrit el fitxer "**Socis i Usuaris**" del que és titular l'empresa concessionària i que donaria cobertura al tractament de dades personals dels abonats.

Per tant, i donant així resposta a la primera qüestió plantejada, l'empresa concessionària no gaudeix de la condició d'encarregat del tractament de les dades dels abonats (article 3.g) LOPD), sinó que, en realitat, n'és el responsable (article 3.d) LOPD).

Això no significa, no obstant, que l'Ajuntament no pugui accedir a determinades dades contingudes en el fitxer "**Socis i Usuaris**" de l'empresa concessionària, qüestió aquesta a què es fa referència a continuació.

IV

La manca d'un contracte d'encarregat del tractament en aquest cas comportaria que l'accés sol·licitat per l'Ajuntament a les dades dels abonats del servei en poder de l'empresa concessionària hagi d'ésser tractat com una cessió de dades personals (article 3.i) LOPD) i, per tant, sotmesa al règim de comunicació de dades de l'article 11 de la LOPD.

D'acord amb aquest article, cal comptar amb el consentiment de les persones titulars de les dades per poder comunicar-les a terceres persones o bé, entre d'altres excepcions, amb una norma amb rang de llei que l'habiliti.

Pel que fa a la possibilitat de comptar amb el consentiment dels afectats, cal analitzar la informació facilitada per l'empresa concessionària als abonats en el moment de la recollida de les seves dades personals. Això és rellevant perquè en cas que l'empresa hagués informat als seus clients que les seves dades son recollides amb la finalitat de gestionar un servei que forma part del servei municipal de gestió de la instal·lació esportiva per compte de l'Ajuntament, 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 abonats de l'empresa concessionària eren conscients de la titularitat municipal del servei i que, per tant, en el moment de facilitar les seves dades a l'entitat concessionària accedien també a què les seves dades fossin conegudes per l'administració municipal. Ens trobaríem davant de l'existència d'un consentiment tàcit. Ara bé, això no habilitaria l'accés a les dades sensibles (article 7 LOPD) que poguessin constar en el fitxer "**Socis i Usuaris**", atès que en aquest cas caldria comptar amb el consentiment exprés de l'afectat.

Doncs bé, analitzat el text de la clàusula informativa que facilita l'empresa concessionària als abonats en el moment de la recollida de les dades es desprèn clarament que, en aquest cas, la informació facilitada en el moment de la recollida per part de l'empresa concessionària no és clara respecte la titularitat municipal del servei. Per tant, en aquest cas, caldria habilitació legal per procedir a la comunicació de la informació personal sense el consentiment dels abonats a l'Ajuntament (article 11 LOPD).

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.

En la mesura en què la prestació del servei per part de l'empresa concessionària està sotmesa, perquè així ho estableix la normativa vigent en matèria de règim local (article 225 TRLMRLC), a un seguit de controls per part de l'administració titular del servei (l'Ajuntament), concorreria el supòsit previst a l'article 11.2.c) LOPD i resultaria possible la comunicació de dades a l'Ajuntament sense consentiment dels abonats.

V

En relació amb la segona qüestió plantejada, això és, si es podria procedir a un canvi en la titularitat del fitxer "**Socis i Usuaris**" declarat per l'empresa concessionària per a la prestació del servei encomanat per l'Ajuntament, es fan les consideracions següents.

Tal i com s'ha posat de manifest en l'apartat anterior d'aquest dictamen, cal recordar que l'Ajuntament pot accedir a determinades dades personals dels abonats al servei contingudes en el fitxer "**Socis i Usuaris**", del que és responsable l'empresa concessionària, sense necessitat de comptar amb el seu consentiment, atesa l'habilitació legal que li confereix la mateixa LOPD en el seu article 11.2.c).

Un cop que l'Ajuntament accedeixi a aquestes dades personals, aquest hauria de crear, mitjançant una disposició de caràcter general, el fitxer que donés cobertura al tractament d'aquestes dades (article 20 LOPD), així com sol·licitar la seva inscripció al Registre de Protecció de Dades de Catalunya (article 11 Llei 32/2010). En aquest cas però, no és necessari dur a terme aquestes accions, atès que, recordem, l'Ajuntament ja té inscrit en el Registre de Protecció de Dades de Catalunya el fitxer "**Esports**" que, per la finalitat descrita i les dades que es pretenen recollir, donaria cobertura a aquest tractament.

Per la seva banda, l'empresa concessionària hauria de procedir, si escau, a la supressió del fitxer "**Socis i Usuaris**" creat, en el seu moment, per a la prestació del servei municipal mitjançant una sol·licitud de supressió de la inscripció d'aquest fitxer en el *Registro de Protección de Datos* adreçada a la *Agencia Española de Protección de Datos* (www.agpd.es).

Dit això, l'Ajuntament, mitjançant la signatura d'un contracte d'encarregat (article 12 LOPD), hauria d'encomanar el tractament de les dades del fitxer "**Esports**" vinculades al servei d'exploració de l'equipament esportiu a l'empresa concessionària. Escau recordar que la subscripció d'aquest contracte d'encarregat (o d'unes clàusules específiques incloses en el contracte de concessió) és necessària en aquest cas d'acord amb allò previst a la Disposició addicional 26a del TRLCSP.

De la mateixa manera, cal recordar que, en aquest contracte, cal fer-hi constar expressament el compromís de l'encarregat del tractament que no tractarà les dades a què tingui accés per a una finalitat diferent de la prestació del servei encomanat, que tractarà aquestes dades d'acord amb les instruccions del responsable, que no les comunicarà, ni tan sols per a la seva conservació, a altres persones, així com les mesures de seguretat que haurà d'implementar (article 12.2 i 3 de la LOPD). Es recomana, en aquest sentit, seguir les instruccions donades per l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades en la seva Recomanació 1/2010 sobre l'encarregat del tractament en la prestació de serveis per compte d'entitats del sector públic de Catalunya, disponible al web de l'Autoritat www.apd.cat.

La comunicació de les dades personals contingudes en aquest fitxer titularitat de l'Ajuntament a l'empresa perquè aquesta dugui a terme la prestació del servei encarregat per compte del consistori no tindrà consideració de cessió de dades personals en els termes establerts a l'article 11 de la LOPD, resultant conforme amb la normativa en protecció de dades personals (article 12.1 LOPD).

Assenyalar que, un cop establerta aquesta relació entre l'Ajuntament i l'empresa concessionària, això tindrà conseqüències pel que fa a l'accés del propi Ajuntament -i fins i tot de terceres persones- a la informació en poder de l'empresa concessionària i vinculada a la prestació del servei.

Al respecte cal tenir en compte que l'article 22 del Reglament de desplegament de la LOPD (RLOPD) aprovat pel Reial decret 1720/2007, de 20 de desembre, conscient de que la responsabilitat darrera sobre la informació en mans de l'encarregat correspon al responsable del tractament, preveu que en finalitzar la prestació de serveis per part de l'encarregat del tractament, aquest haurà de destruir les dades, retornar-les al responsable del tractament o transmetre-les a un tercer, sempre d'acord amb el que s'hagi establert en el contracte d'encàrrec i d'acord amb les instruccions del responsable.

Així, per a la prestació del servei encomanat, l'empresa concessionària podrà recollir, tractar i/o modificar les dades personals i un cop finalitzada la prestació estarà obligada a retornar-les a l'Ajuntament, així com qualsevol suport o document en què consti alguna dada personal objecte del tractament (article 12.3 de la LOPD), si així s'ha fixat en el contracte d'encàrrec. L'Ajuntament, com a responsable del fitxer, tindrà

accés a tota la informació que hagi estat necessària per dur a terme la prestació del servei i que hagi tractat, en aquest sentit, l'empresa concessionària.

Així mateix, puntualitzar que el fet que les dades personals es recullin per l'empresa concessionària no desvirtuaria el caràcter d'encarregat del tractament en la relació contractual que el vincula amb l'Ajuntament, sempre i quan s'efectuï el tractament de conformitat amb els requisits de l'article 12 de la LOPD ja exposats i, un cop finalitzada la prestació, doni a les dades el destí que li indiqui l'Ajuntament en el contracte.

Per últim cal tenir present que, en cas de no complir amb les exigències imposades per l'article 12 de la LOPD, l'encarregat del tractament seria considerat com a responsable, responnent de les infraccions en què hagués pogut incórrer personalment (article 12.4 de la LOPD).

D'acord amb les consideracions fetes en aquest dictamen en relació amb la consulta plantejada, es fan les següents,

Conclusions

La manca d'un contracte d'encàrrec del tractament amb les exigències de l'article 12.2 de la LOPD entre l'Ajuntament i l'empresa concessionària del servei de gestió de l'equipament esportiu en el municipi porta a concloure que, en aquests moments, l'empresa és responsable del tractament de les dades dels abonats al servei.

La comunicació d'aquestes dades, sense consentiment, des del fitxer de titularitat privada de l'empresa concessionària a l'Ajuntament podria trobar habilitació en l'article 11.2.c) de la LOPD, en la mesura en què la prestació del servei per part de l'empresa està sotmesa, perquè així ho estableix la normativa vigent en matèria de règim local, a un seguit de controls per part de l'administració titular del servei (l'Ajuntament).

En el cas que l'Ajuntament signi un contracte d'encarregat del tractament amb l'empresa concessionària, aquest podrà accedir a tota la informació personal que hagi tractat l'empresa per a la prestació del servei, atesa la seva condició d'administració pública titular del servei. Per la seva part, l'empresa podrà accedir i tractar les dades personals en poder de l'Ajuntament vinculades a aquest servei, que siguin necessàries per a la prestació del servei encomanat.

Barcelona, 11 de desembre de 2012