

Dictamen en relació amb la consulta formulada per un Ajuntament, sobre la cessió de dades a la societat mercantil d'aigües del municipi.

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit de l'Ajuntament, en què es formulen diverses preguntes relatives a l'aplicació de la normativa de protecció de dades en un supòsit de concessió administrativa del servei públic municipal d'abastament d'aigua potable.

La consulta explica que l'Ajuntament presta el dit servei públic municipal mitjançant una concessió administrativa adjudicada l'any 1995. Com s'explica en la consulta, en la documentació sobre la concessió no es fa referència a la protecció de dades i, per tant, es plantegen diversos dubtes al respecte.

La consulta s'acompanya de documentació relativa a la concessió del servei públic, en concret, de la formalització del contracte de concessió de servei públic, de 10.1.1996 i del Plec de condicions econòmic administratives i de la concessió del servei municipal d'aigua potable al municipi, i de la Certificació de l'Acord del Ple, de 21.12.1995, que adjudica la concessió.

Analitzada la petició i la documentació que l'acompanya, i vista la normativa vigent aplicable i l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent.

I

(...)

II

La consulta exposa que l'Ajuntament presta el servei d'abastament d'aigua potable (servei públic municipal) mitjançant una concessió administrativa adjudicada mitjançant acord del Ple de 21.12.1995, a una societat mercantil (en endavant, l'empresa).

L'Ajuntament afegeix que el document de concessió "no fa referència a la protecció de dades i, per tant, tampoc a qui és titular de les dades que gestiona la concessionària, ni molt menys a si la concessionària únicament és l'encarregada del tractament d'aquestes dades".

La consulta afegeix que "ara se'ns planteja la possibilitat de facilitar dades del padró municipal, concretament l'adreça física i el nombre de persones de la unitat de convivència a la concessionària per tal que pugui aplicar una bonificació automàtica en el preu de l'aigua sense necessitat de prèvia petició o autorització de les persones interessades".

En concret, l'Ajuntament planteja a aquesta Autoritat les qüestions següents:

1. Qui és el titular de les dades que en l'actualitat gestiona la mercantil "...", l'Ajuntament o l'empresa?.
2. La transmissió de noves dades en poder de l'Ajuntament (dades del padró municipal) és una cessió de dades?.
3. És correcte l'ús de les dades indicades (dades del padró municipal) per a l'exercici d'una competència municipal (prestació del servei públic d'abastament d'aigua potable i aplicació automàtica d'una bonificació en el preu aprovat pel propi Ajuntament)?.

4. És necessari el consentiment de les persones interessades per poder trametre aquestes noves dades a la concessionària?
5. És convenient o necessari dur a terme una addenda en el contracte de concessió indicant que les dades que gestiona la concessionària són de titularitat de l'Ajuntament i que la concessionària únicament és l'encarregada del tractament?

A manera d'introducció, es fa avinent que aquesta Autoritat ha tingut ocasió d'analitzar diverses qüestions relatives a l'aplicació de la normativa de protecció de dades en el context de les concessions per a la prestació de serveis públics per part dels Ajuntaments i en relació amb la figura de l'encarregat del tractament, entre d'altres, en els Dictàmens 54/2012, 45/2012 o 37/2012, que es poden consultar a la web: www.apd.cat. Específicament, en els Dictàmens 52/2012, 37/2010 o 37/2009, s'han analitzat diversos supòsits de concessió del servei públic de subministrament d'aigua potable en diversos municipis, des de la perspectiva de la protecció de dades.

Dit això, es donarà resposta a les diferents preguntes formulades per l'Ajuntament en els següents apartats d'aquest dictamen.

III

1. Qui és el titular de les dades que en l'actualitat gestiona la mercantil "...", l'Ajuntament o l'empresa?

La Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD), s'aplica a qualsevol tractament de dades personals, enteses com tota informació relativa a persones físiques identificades o identificables (article 3.a) LOPD). La persona física és la "titular" de la seva pròpia informació (article 3.e) LOPD), i del dret a l'autodeterminació informativa, és a dir, del dret a conèixer qui tracta les seves dades personals i per a quina finalitat, i a exercir, si escau, els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició (ARCO) respecte les seves dades personals.

Seria, doncs, més ajustat a la terminologia de la LOPD referir-se, en relació amb la pregunta plantejada, a "qui és el responsable" de tractar, en l'actualitat, les dades relacionades amb la prestació del servei públic de subministrament d'aigua potable. La LOPD considera responsable del tractament o fitxer (article 3.d) a 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.

Respecte el supòsit plantejat, 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 (TRLMRLC), estableix en el seu article 66.3.i) disposa que és competència dels municipis:

"El subministrament d'aigua i l'enllumenat públic, els serveis de neteja viària, de recollida i tractament de residus, les clavegueres i el tractament d'aigües residuals."

L'article 67.a) del mateix TRLMRLC estableix que tots els municipis hauran de prestar, com a mínim, determinats serveis, entre els quals hi ha l'abastament domiciliari d'aigua potable.

L'article 21è del Plec de condicions que regeixen la concessió, explicita que l'Ajuntament, "amb independència de les diferents obligacions consignades en aquest Plec de condicions, conservarà la titularitat del servei".

Des de la perspectiva de la protecció de dades, cal partir de la base que l'Ajuntament, en tant que titular del servei públic, pot articular el tractament de les dades personals necessàries per a la gestió d'aquest servei públic de diferents maneres.

En síntesi, i sens perjudici de les concrecions que farem més endavant, un Ajuntament pot tractar directament la informació personal relativa a la prestació d'un servei del qual és titular, o bé pot articular un encàrrec del tractament (article 12 de la LOPD), de manera que un tercer tracti les dades de fitxers responsabilitat de l'Ajuntament per compte d'aquest, o bé pot optar perquè un tercer, en concret, una empresa concessionària, en tant que titular d'un fitxer o fitxers de dades sotmesos a la LOPD, tracti directament determinades dades dels usuaris del servei. En aquest darrer cas, seria aquesta empresa la responsable del tractament de dades en qüestió, ja que hauria elaborat la seva pròpia base de dades d'usuaris, a partir de la qual podria realitzar legítimament la gestió del servei.

Per tant podrien existir tres models:

- a) Gestió directa per l'Ajuntament: en aquest cas el responsable de la informació seria únicament l'Ajuntament.
- b) Gestió mitjançant concessió: l'ajuntament segueix essent el darrer responsable de la informació, com a administració titular del servei, però l'articulació de les responsabilitats pot fer-se de les següents formes:
 - a. L'Ajuntament es pot configurar com a responsable del fitxer que es creï per a gestionar aquest servei, mentre que l'empresa concessionària pot actuar com a encarregada del tractament, per a prestar el servei d'abastament per compte de l'ajuntament. L'empresa concessionària no disposaria però d'un fitxer propi per a aquesta finalitat. En aquest cas caldria establir un contracte o acord d'encàrrec del tractament en els termes de l'article 12 LOPD.

Per la informació de la que disposem, l'Ajuntament no ha creat cap fitxer amb aquesta finalitat específica.

- b. La responsabilitat del fitxer pot correspondre a l'empresa concessionària directament (aquest sembla que és el cas que ens ocupa atès que en el Registre de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) consten dos fitxers, de titularitat privada, de l'empresa "...", que poden obeir a aquesta finalitat (per una banda "AIGÜES BDMINA" "BDMINA BD AIGÜES 2" que tenen per finalitat, segons consta a l'esmentat Registre, la gestió administrativa i tècnica relativa al subministrament d'aigua, registre de consums, facturació, estadístiques i cobraments, i gestió de clients, entre d'altres; per altra banda, el fitxer "CLIENTES Y PROVEEDORES" que tindria per finalitat la gestió comercial, comandes, albarans i factures, gestions de cobrament/pagament, sempre segons la descripció dels fitxers inscrits al Registre de l'AEPD). Això seria independent de que l'Ajuntament per la seva banda hagués pogut crear algun fitxer amb aquesta mateixa finalitat.

En base a aquesta informació sembla clar que en els fitxers dels quals és responsable l'empresa, aquesta tracta dades per a la facturació del servei de subministrament d'aigües als abonats.

Per tant, l'empresa seria la responsable ("titular") d'aquestes dades recollides en els seus propis fitxers, sens perjudici que l'Ajuntament, com a titular del servei al qual estan vinculades aquestes dades, pugui tenir també responsabilitats derivades del seu tractament.

IV

2. La transmissió de noves dades en poder de l'Ajuntament (dades del padró municipal) és una cessió de dades?

En aquesta pregunta, la consulta es centra en la transmissió de “noves dades”. Per tant, cal entendre que es refereix a dades que no són les que ja tracta l'empresa en l'actualitat, sinó que es tracta de les dades del padró municipal d'habitants (En endavant “el Padró”), en concret les relatives a l'adreça física que corresponen als diferents abonats al servei (que de fet és una dada que ja està en disposició de l'empresa concessionària) i el nombre de persones de la unitat de convivència.

En realitat, pel que fa als seus abonats, la dada relativa a l'adreça ja és coneguda per la pròpia empresa que presta el servei, per la qual cosa, sembla innecessària la referència a l'adreça. Seria suficient amb què, un cop facilitada per l'empresa la llista de les adreces que corresponen als seus abonats, l'Ajuntament indiqui el nombre de persones empadronades en cadascuna d'elles.

Partim de la base que qualsevol revelació de dades efectuada pel responsable a una persona diferent del propi interessat, és una cessió o comunicació de dades (article 3.i) de la LOPD).

L'article 11 de la LOPD estableix el règim de cessió de dades, segons el qual:

“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.

(...)”.

Qualsevol comunicació de les dades personals tractades en el fitxer Padró responsabilitat de l'Ajuntament ha d'estar sotmesa al règim descrit i, si escau, a les previsions de l'article 21 de la LOPD, en el cas que la comunicació s'efectuï amb destinació a una altra administració pública.

Només en el cas que l'Ajuntament establís un “encàrrec del tractament”, previst en l'article 12.1 de la LOPD, no es consideraria “comunicació” als efectes de la LOPD l'accés d'un tercer a les dades del Padró, quan l'accés fos necessari per a la prestació d'un servei al responsable del tractament. L'encarregat del tractament és la persona física o jurídica, l'autoritat pública, el servei o qualsevol altre organisme que, sol o conjuntament amb altres, tracta dades personals per compte del responsable del tractament (article 3.g) de la LOPD) i article 5.1.i) del RLOPD).

Ara bé, perquè la comunicació entre l'Ajuntament i l'empresa concessionària (encarregat del tractament) pugui considerar-se no com una cessió de dades sinó com un accés necessari per prestar el servei en qüestió sense sortir de l'esfera de control de l'Ajuntament, cal que es configuri i es formalitzi adequadament l'encàrrec del tractament, en base a les previsions de la LOPD, a les que farem esment més endavant.

V

3. És correcte l'ús de les dades indicades (dades del padró municipal) per a l'exercici d'una competència municipal (prestació del servei públic d'abastament d'aigua potable i aplicació automàtica d'una bonificació en el preu aprovat pel propi Ajuntament)?

El Padró Municipal d'Habitants, té com a finalitat principal la identificació dels veïns del domicili. Per tant, la utilització per part del propi Ajuntament de les dades del Padró

per a l'exercici de les seves competències, amb la finalitat de conèixer si una determinada persona és veïna del municipi o quants veïns del municipi tenen el domicili en una determinada adreça, resulta una finalitat legítima, compatible amb la finalitat principal del Padró. Aquest seria el cas de la utilització de les dades del Padró per a poder aplicar una bonificació a la tarifa de l'abastament d'aigua en funció del nombre de persones empadronades en cada domicili. La utilització de dades del Padró en aquests termes, dóna correcte compliment al principi de finalitat (article 4.2 de la LOPD).

Noti's en aquest sentit que d'acord amb l'article 16.3 de la LRBRL, les dades del Padró es cediran a altres administracions públiques que ho sol·licitin, sense consentiment dels interessats, només quan siguin necessàries per a l'exercici de les seves competències i exclusivament per a assumptes en els que la residència o el domicili siguin dades rellevants.

Si aquestes dades es poden cedir a altres administracions per a l'exercici de les respectives competències quan la residència o domicili sigui rellevant, amb més motiu han de poder ser utilitzades pel propi Ajuntament en aquestes circumstàncies.

VI

4. És necessari el consentiment de les persones interessades per poder trametre aquestes noves dades a la concessionària?

A títol il·lustratiu fem esment que aquesta Autoritat ha analitzat l'accés a dades del padró en el context d'un encàrrec del tractament en anteriors ocasions, en concret, en els Dictàmens 7/2007, 37/2010 o 52/2012, entre d'altres, als quals ens remetem pel seu interès en relació amb el supòsit plantejat. El Dictamen 37/2009 resulta especialment rellevant en el cas que ens ocupa, doncs examina la possibilitat de cedir dades del padró municipal d'habitants a l'empresa concessionària de l'abastament d'aigua.

Partint, doncs, de la base que és necessari que l'empresa disposi de determinades dades del Padró per aplicar la bonificació, i que així s'hagi establert entre les parts (Ajuntament i empresa), atès que les dades del padró són dades personals, caldrà aplicar a la seva comunicació el règim de la LOPD, a menys que s'estableixi un encàrrec del tractament.

Com es desprèn de l'anterior fonament jurídic d'aquest dictamen, l'excepció legal a la necessitat del consentiment dels titulars de les dades del padró pot venir determinada, en determinats supòsits, per l'article 16.3 de la LRBRL. Ara bé, aquesta excepció de l'article 16.3 de la LRBRL només pot ser aplicada en aquells casos en què el cessionari tingui la condició d'administració pública, en els termes previstos a l'article 2 de la Llei 30/1992, segons el qual s'entén per administracions públiques les entitats que integren l'Administració local i les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades o dependents d'una administració pública, entre d'altres. En el cas que ens ocupa, i per la informació de què es disposa, l'empresa subministradora és una societat mercantil (SA sotmesa al dret mercantil), per la qual cosa no estariem en un supòsit d'aplicació de l'article 2 de la Llei 30/1992. Fora d'aquest supòsit, qualsevol cessió de dades del padró municipal d'habitants a l'empresa concessionària, requeriria la concurrència d'alguna de les següents circumstàncies:

- a) Consentiment de les persones titulars de les dades.
- b) Una altra llei que l'habiliti.

- c) La formalització d'un encàrrec del tractament entre l'Ajuntament i l'empresa concessionària, en els termes de l'article 12 LOPD.

Per la informació de què disposem, sembla que aquesta tercera seria la opció més fàcilment aplicable a un cas com el que ens ocupa. En qualsevol cas però, la transmissió de dades del padró a l'empresa com a adjudicatària del contracte de subministrament d'aigua potable del municipi, ha d'obeir les funcions que s'hagin atribuït a l'empresa (per exemple, l'Ajuntament haurà d'haver previst que l'empresa digui a terme la bonificació automàtica), ja que d'aquesta manera es justifica que l'empresa hagi de disposar de la informació necessària per a fer aquesta actuació, i caldrà tenir en compte també el principi de qualitat (article 4 LOPD) per evitar comunicar més dades de les estrictament necessàries (p. ex. sembla innecessari comunicar la identitat de totes les persones domiciliades).

Cal insistir en què, fora del context d'un encàrrec del tractament adequadament definit, qualsevol cessió d'aquesta informació (número de persones empadronades en un domicili) s'hauria de sotmetre al règim general de l'article 11 i, si escau, article 21 de la LOPD.

VII

5. És convenient o necessari dur a terme una addenda en el contracte de concessió indicant que les dades que gestiona la concessionària són de titularitat de l'Ajuntament i que la concessionària únicament és l'encarregada del tractament?

Segons explica l'Ajuntament en la documentació que s'adjunta, en el contracte de concessió del servei públic no hi ha cap altra referència a la protecció de dades, ni tampoc al fet que la concessionària actuï com a "encarregada del tractament".

D'entrada, fem notar que en aquesta pregunta -a diferència de les anteriors, en què l'Ajuntament es referia a les "noves dades" que es sol·liciten-, l'Ajuntament es refereix a les dades "que gestiona" l'empresa. Per tant sembla que en aquest cas ja no es refereix només a les dades que ara es planteja comunicar (dades del padró), sinó a tota la informació vinculada a aquest servei.

Pel que fa a les dades contingudes en qualsevol dels fitxers responsabilitat de l'Ajuntament, com pot ser el fitxer del Padró, o d'altres, si l'Ajuntament considera que han de ser tractades per l'empresa concessionària en el context de la gestió del servei públic de subministrament d'aigua, sí caldria aplicar a l'actuació de l'empresa el règim propi de l'encarregat del tractament.

Segons s'explicita en l'article 5è del Plec de condicions que aporta l'Ajuntament (de 1996), el contracte de concessió es regeix, entre d'altres, per la Llei de contractes de l'Estat.

Cal fer avinent que el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, en la seva disposició 26a, incorpora una referència expressa a la protecció de dades en la normativa de contractació pública, en concret, disposa que:

"1. Los contratos regulados en la presente Ley que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar en su integridad la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo.

2. Para el caso de que la contratación 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 Ley Orgánica 15/1999, de 13

*de diciembre. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito.
(...)”.*

Per tant, com s’ha avançat en el fonament jurídic anterior, pel que fa a l’accés i tractament per part de l’empresa de dades del Padró, atès que aquest és un fitxer responsabilitat de l’Ajuntament, seria necessari formalitzar l’encàrrec del tractament en atenció a les exigències que s’expliciten en l’article 12 de la LOPD, i es concreten en l’estatut de l’encarregat del tractament (articles 20 a 22 del RLOPD). En concret, l’article 12.2 de la 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’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.”

Es fa avinent que aquesta Autoritat ha dictat la Recomanació 1/2010, sobre l’encarregat del tractament en la prestació de serveis per compte d’entitats del sector públic de Catalunya, que té per objecte recollir, de forma sistematitzada, els criteris a tenir en compte en el moment d’externalitzar serveis que comportin el tractament de dades personals que siguin responsabilitat de l’entitat adjudicadora del contracte, en el cas que ens ocupa, l’Ajuntament. Aquesta Recomanació es pot consultar a la pàgina web www.apd.cat, juntament amb diversos annexos en què es faciliten, entre d’altres, diversos models de clàusules relacionades amb supòsits d’encàrrec del tractament.

La Recomanació 1/2010 és aplicable a tots els contractes que comportin el tractament de dades de caràcter personal, especialment els de gestió de serveis públics, i per això pot ser una eina útil per a l’Ajuntament, als efectes d’articular l’encàrrec del tractament. En concret, l’apartat 10 de la Recomanació citada, en relació amb la forma del contracte o acord d’encàrrec, recorda que:

“1. En els contractes sotmesos a la legislació de contractes del sector públic, l’acord o contracte d’encàrrec ha de constar necessàriament per escrit.

*2. L’acord a què es refereix l’apartat anterior pot adoptar **qualsevol de les formes següents:***

a) Un contracte o acord específic.

b) Clàusules específiques incloses en el contracte adjudicat, si escau mitjançant un annex.

c) Clàusules específiques incloses al plec de clàusules administratives particulars.

d) Clàusules específiques incloses al plec de prescripcions tècniques.

(...)”.

En aquest sentit, no es descarta que l’encàrrec del tractament es pugui formalitzar, com apunta l’Ajuntament, a través d’una addenda o annex al contracte de concessió.

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

Conclusions

- 1.** L'empresa concessionària és la responsable de diversos fitxers de titularitat privada que figuren inscrits al Registre de l'AEPD, i com a tal pot tractar les dades que s'hi contenen, sens perjudici que l'Ajuntament com a titular del servei és el responsable darrer d'aquesta informació.
- 2.** Qualsevol comunicació de les dades tractades en el fitxer Padró o en qualsevol altre fitxer responsabilitat de l'Ajuntament és a tots els efectes una comunicació de dades, i haurà d'estar sotmesa al règim de la LOPD (articles 11 i 21), excepte en el cas que l'Ajuntament establís un encàrrec del tractament (article 12 de la LOPD).
- 3.** L'ús de dades del padró relatives al domicili o residència, amb la finalitat de gestionar, per part de l'Ajuntament, el subministrament d'aigua potable pot resultar adequat al principi de finalitat.
- 4.** Atesa la no existència d'una habilitació legal específica en el cas plantejat (article 16.3 LRBRL), qualsevol cessió de dades del Padró, fora del context d'un encàrrec del tractament, requeriria el consentiment dels afectats.
- 5.** Per dur a terme l'accés i el tractament de dades per part de l'empresa concessionària respecte de les dades de que disposa l'Ajuntament, seria necessari formalitzar l'encàrrec del tractament en atenció a les exigències que s'expliciten en l'article 12 de la LOPD i es concreten en l'estatut de l'encarregat del tractament (articles 20 a 22 del RLOPD). Aquesta formalització es pot fer en les clàusules específiques incloses en el contracte, si escau mitjançant un annex o addenda.

Barcelona, 23 de maig de 2013