

## **Dictamen en relació amb la consulta formulada per un ajuntament en relació amb la prestació del servei d'explotació de les instal·lacions esportives municipals**

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit emès per un ajuntament en relació amb l'explotació de les instal·lacions esportives municipals per una empresa concessionària i la seva adequació a la normativa de protecció de dades.

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

I

(...)

II

L'Ajuntament manifesta, en el seu escrit de consulta, que l'any 2005 va adjudicar un contracte de concessió d'obra pública i d'explotació de les instal·lacions esportives municipals, sense que, en el corresponent plec de clàusules administratives, es fes menció al tractament de dades personals per part de l'empresa adjudicatària. Dit això, afegeix que, arran d'una sèrie de deficiències i per problemes de gestió de l'empresa, ha segrestat temporalment la dita concessió.

Tot seguit afirma que, represa l'activitat per l'Ajuntament a conseqüència del segrest, l'empresa concessionària no facilita l'accés a la base de dades dels abonats, les quals considera necessàries per poder fer el control d'accessos dels abonats a les instal·lacions, així com per poder cobrar els rebuts mensuals.

El motiu de la denegació d'aquest accés és, segons manifestacions de l'Ajuntament, 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 no se les pot cedir si no és amb el consentiment dels afectats. Afirma, en aquest sentit, que l'empresa concessionària ha inscrit els seus fitxers al Registre de l'Agencia Española de Protección de Datos.

Per contra, l'Ajuntament considera que li correspon a ell la propietat de les dades, atès que és el titular del servei, i afirma que té declarat, en aquest sentit, el fitxer "**Esports**" davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

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

1. Tenint present que l'Ajuntament és el titular del servei públic d'esports, el qual es presta per una empresa concessionària, malgrat la situació descrita, qui és el responsable i titular de les dades personals dels abonats.
2. Tractant-se d'un segrest temporal del servei que es segueix prestant per compte i risc del concessionari, es pot considerar que en aquest cas, gestionant les dades de caràcter personal el propi personal del concessionari, es produeix una cessió de dades.

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, la definició que efectua la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) en relació amb aquesta figura.

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 aquesta definició, 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 interessen 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 del servei públic consistent en l'explotació de les instal·lacions esportives en el municipi s'efectua –fins al moment del segrest de la concessió- a través d'una empresa amb què l'Ajuntament hauria establert un contracte l'any 2005 (el qual no s'ha aportat 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, tal i com ho ha manifestat, 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 (TRLCSP), 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 completa 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, pot ser d'interès consultar la Recomanació 1/2010 de l'Autoritat 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 al web de l'Autoritat [www.apd.cat](http://www.apd.cat).

Si bé la situació descrita seria la més idònia, cal fer avinent que, per la informació de què es disposa, aquest no semblaria ser el cas del supòsit que ara s'examina.

Tot i que no s'ha pogut analitzar, en aquest sentit, el contracte de concessió d'obra pública i d'explotació del servei públic, de les manifestacions efectuades pel mateix Ajuntament en el seu escrit de consulta –s'afirma textualment que “en els plecs de clàusules administratives no es feia menció a les dades de caràcter personal que l'empresa adjudicatària gestonaria, va ser posteriorment que la legislació contractual va preveure aquesta circumstància”–, es desprèn que, en aquest cas, el contracte signat entre l'Ajuntament i l'empresa l'any 2005 no contindria cap clàusula que incorporés els extrems assenyalats en l'article 12 de la LOPD, citat. Tampoc semblaria que, amb posterioritat a la celebració d'aquest contracte i atès el canvi legislatiu produït al respecte, s'hagués optat per adherir-hi algun tipus de document annex amb aquestes previsions.

Així doncs, la previsible 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 gaudiria 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 “**Cuenta de clientes**” del que és titular l'empresa concessionària i que donaria cobertura al tractament de dades personals dels abonats.

Per tant, d'acord amb la informació facilitada, i donant així resposta a la primera qüestió plantejada, l'empresa concessionària no gaudiria de la condició d'encarregat

del tractament de les dades dels abonats (article 3.g) LOPD), sinó que en seria la responsable (article 3.d) LOPD).

Pel que fa a la titularitat de les dades personals, cal fer avinent que, de conformitat amb l'article 3.e) de la LOPD, aquesta recau en la persona física afectada pel tractament de les seves dades personals, en aquest cas, les persones abonades al servei.

#### IV

Pel que fa a la segona qüestió plantejada, això és, si un cop dut a terme el segrest temporal del servei tindria lloc una cessió de dades, escau fer les consideracions següents.

La LOPD defineix com a cessió o comunicació de dades "qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent de l'interessat" (article 3.i).

D'acord amb aquest precepte, per a que el supòsit examinat fos considerat una cessió, caldria que, com a conseqüència de la intervenció del servei realitzada per l'Ajuntament, tingués lloc una comunicació o revelació de les dades personals dels abonats des de l'empresa concessionària vers l'Ajuntament.

Per tal de determinar si certament té lloc aquesta comunicació, caldrà tenir en compte els efectes de la figura del segrest, establerts a l'article 258 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS), segons el qual:

1. Durant el temps que estigui intervingut el servei, l'ens local percep els drets establerts dels usuaris i utilitza el mateix personal i material adscrit, sense alterar les condicions de prestació d'acord amb l'ordenació jurídica del servei.
2. Amb aquest fi, l'ens local ha de designar un interventor tècnic que substitueixi totalment o parcial els elements directius de l'empresa concessionària.
3. L'explotació temporal s'efectua per compte i risc del concessionari, al qual s'ha de lliurar, en finalitzar la intervenció, el saldo actiu que resulti després d'haver-se satisfet totes les despeses, incloses les retribucions i els emoluments de l'interventor.
4. En tot cas, l'empresari ha d'abonar a l'administració els danys i perjudicis que efectivament li hagi irrogat."

En atenció a les previsions d'aquest precepte i als efectes que interessin en aquest dictamen, escau assenyalar que, atès que la intervenció del servei comportaria un canvi en l'estructura organitzativa de l'empresa concessionària, no sembla a priori que el segrest temporal del servei per l'Ajuntament hagi de comportar necessàriament la comunicació o la revelació de les dades dels abonats per part de l'empresa concessionària. Sent així, el supòsit plantejat no tindria consideració de cessió de dades (article 3.i) LOPD).

Ara bé, en cas contrari, és a dir, en cas que fruit de la intervenció tingués lloc una comunicació de dades personals vers l'Ajuntament, sí ens trobaríem davant una cessió de dades i, per tant, resultaria aplicable el règim de comunicació de dades de l'article 11 de la LOPD.

D'acord amb aquest precepte, 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, seria bo poder 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'empresa 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 "**Cuenta de clientes**", atès que en aquest cas caldria comptar amb el consentiment exprés de l'afectat.

En cas però, de manca d'informació respecte la titularitat municipal del servei o que la informació facilitada en aquest sentit als abonats no hagués estat prou clara –aspecte aquest que es desconeix-, no es podria considerar que existeix consentiment dels afectats, atès que la LOPD estableix, en el seu article 3.h), que el consentiment ha de ser "informat", és a dir, amb ple coneixement de quin serà el destí de les seves dades. 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.

Tenint en compte que en matèria de serveis públics regeix el principi de continuïtat dels serveis (article 250 TRLMRLC), el qual correspon garantir a l'administració que n'és titular (l'Ajuntament) i que impedeix interrompre la prestació del servei pel fet que l'empresa que n'és la gestora no hi pugui fer front, així com que la prestació d'aquest servei per part de l'empresa està sotmesa, perquè així ho estableix la normativa vigent en matèria de règim local (article 251 TRLMRLC), a un seguit de controls per part de l'administració titular del servei (l'Ajuntament), es pot admetre que, en el present cas, concorre el supòsit previst a l'article 11.2.c) LOPD i que, per tant, resultaria possible la comunicació de dades a l'Ajuntament sense consentiment dels abonats.

Escau apuntar que, un cop que s'accedís a les dades personals, l'Ajuntament hauria de crear, mitjançant una disposició de caràcter general, el fitxer que donés cobertura al seu tractament (article 20 LOPD), així com sol·licitar la seva inscripció al Registre de Protecció de Dades de Catalunya (article 11 Llei 32/2010), atès que, en la mesura que assumís, via segrest de la concessió, la gestió del servei públic, seria també el responsable de les dades vinculades a aquest servei (article 3.d) LOPD).

En aquest cas però, no seria 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.

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

## **Conclusions**

En el cas examinat, l'empresa concessionària del servei públic de gestió de les instal·lacions esportives en el municipi, atès que decideix sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament de les dades personals dels abonats al servei, té consideració de responsable del tractament (article 3.d) de la LOPD).

El segrest temporal d'aquest servei per l'Ajuntament en principi no sembla que hagi de comportar necessàriament la cessió de les dades dels abonats per part de l'empresa concessionària. En cas contrari, la comunicació d'aquestes dades a l'Ajuntament, sense consentiment dels abonats, podria trobar habilitació en l'article 11.2.c) de la LOPD, en atenció a les potestats que la normativa vigent en matèria de règim local atribueix a l'administració titular del servei (l'Ajuntament).

Barcelona, 28 de novembre de 2013