

Dictamen en relació amb la consulta formulada per una empresa concessionària d'un servei municipal d'abastament d'aigua potable per aclarir determinats aspectes relatius al dictamen CNS 16/2016 emès per aquesta Autoritat

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una empresa concessionària d'un servei municipal d'abastament d'aigua potable en el que es demana que l'Autoritat emeti un dictamen per aclarir determinats aspectes relatius al dictamen CNS 16/2016 emès per aquesta Autoritat.

En concret, planteja determinades qüestions sobre l'aplicabilitat del dit dictamen a serveis de titularitat privada, la competència d'aquesta Autoritat respecte els serveis de titularitat privada, sobre el moment en què s'ha de procedir a la cessió de les dades personals dels clients de l'empresa en el supòsit plantejat en aquell dictamen, i sobre les condicions en què s'haurà de fer la comunicació de les dades.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra documentació, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto el següent dictamen:

I

(...)

II

Com a qüestió prèvia escau, en primer lloc, fer una breu referència al supòsit analitzat en el dictamen CNS 16/2016 d'aquesta Autoritat i als pronunciaments continguts en el dit dictamen.

El supòsit analitzat en el dictamen CNS 16/2016 era el següent:

Atesa la finalització de la concessió del servei d'abastament d'aigua potable, fet que en la consulta es situava en el proper mes de desembre, i amb la finalitat de definir-ne el nou model de gestió, l'Ajuntament plantejava si podia exigir a l'empresa concessionària la documentació següent:

1. Les dades individualitzades de manera dissociada de retribució (salari brut mensual i total brut anual) de les persones treballadores al servei d'abastament d'aigua.

2. La relació d'abonats al servei d'abastament d'aigües que inclogui: dades històriques i actuals, nom complet, adreça de l'abonat, dades de contacte de l'abonat, les pòlisses d'abonament, inclosa l'adreça, evolució del tipus de contracte, el tipus de comptador, lectures històriques, compte corrent on es domicilia el rebut o altres pautes de pagament de l'abonat, facturacions extra tarifàries associades, estat de pagaments i incidències significatives observades.

Un cop analitzades les implicacions d'aquestes qüestions des del punt de vista del dret a la protecció de dades en els fonaments jurídics del dictamen, al qual ens remetem (està disponible al web d'aquesta Autoritat (<http://www.apd.cat>), en aquell dictamen s'arribava a les conclusions següents:

1. L'accés de l'Ajuntament a la relació dels abonats al servei d'abastament d'aigua en el municipi de què disposa l'empresa concessionària no requereix el consentiment previ dels afectats per tractar-se d'una cessió de dades emparada en les previsions de l'article 11.2.c) de l'LOPD.

2. L'accés de l'Ajuntament a les dades retributives dissociades (salari brut mensual i anual) de determinats treballadors de l'empresa concessionària als efectes de definir el nou model de gestió del servei es considera idoni des del punt de vista de la protecció de dades, tenint en compte que la legislació sectorial aplicable habilitaria la seva cessió, atesa l'obligació de subrogació del personal que imposa al nou adjudicatari o prestatari del servei (article 82 del Conveni col·lectiu d'empresa, article 53 del Conveni col·lectiu estatal del sector i articles 120 i 283 LCSP).

III

La primera qüestió que es planteja en la consulta que s'ha presentat ara es refereix a si les conclusions a les quals s'arribava en el dictamen CNS 16/2016 són aplicables només al supòsit del final d'una concessió administrativa o si són aplicables també a serveis de titularitat privada.

Pel que fa a aquesta qüestió, s'ha de partir de la base que el dictamen CNS 16/2016 es va emetre exclusivament en relació amb les dades associades a un servei municipal, el d'abastament d'aigua, prestat indirectament a través d'una empresa concessionària.

Tal com es deia a l'esmentat dictamen:

“Atesa la titularitat pública d'aquest servei (article 66.3 TRLMRLC), 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 (article 3.a) LOPD).

(...)

D'acord amb aquest article de l'LOPD es poden comunicar dades personals sense consentiment de l'afectat 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 que 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 251 TRLMRLC i articles 229, 238 i 248 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (en endavant, ROAS)), 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) de l'LOPD i resultaria, per tant, possible la comunicació de les dades dels abonats a l'Ajuntament sense consentiment dels afectats.

(...)

De les manifestacions efectuades per l'Ajuntament en el seu escrit de consulta es desprèn que les dades personals retributives dels treballadors de l'empresa concessionària se sol·liciten amb la finalitat de definir el nou model de gestió del servei d'abastament d'aigua al municipi, atès que l'actual concessió administrativa finalitza el proper mes de desembre.

Cal tenir present, als efectes que interessin, que la petició d'aquestes dades s'emmarca en un requeriment d'informació que l'Ajuntament va adreçar a l'empresa concessionària sol·licitant diversa informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors, com ara, la modalitat de contracte, la categoria professional, la jornada, l'antiguitat, etc. (document núm. 2, adjuntat).

Tant la legislació de contractació pública (article 283 TRLCSP) com la legislació de règim local (articles 261 i 262 ROAS) estableixen que la finalització de la concessió com a conseqüència del transcurs del termini contractual comporta la reversió del servei a l'Administració pública titular (l'Ajuntament), de tal manera que el concessionari (l'empresa concessionària) resta obligat a entregar-li els béns i elements (obres i instal·lacions) afectats al servei concedit que siguin necessaris per a la prestació d'aquell, segons allò establert al contracte de concessió (en aquest cas, l'escriptura pública).

Per altra banda, el Conveni col·lectiu de treball de l'empresa concessionària per als anys 2008-2010 (Resolució TRE/4222/2008, de 17 de novembre), prorrogat per al present any (Resolució de 27 d'octubre de 2015), estableix, en el seu article 82 relatiu al canvi de titularitat de l'empresa, que:

*"Quan hi hagi un canvi de titularitat de l'empresa en un centre de treball, bé sigui per venda, cessió, fi de contracte d'explotació o concessió, etc., no s'ha d'extingir per si mateixa la relació laboral. **El nou empresari resta subrogat tant en els drets i deures laborals de l'anterior com amb els treballadors del centre de treball afectat.***

El cessionari està obligat a mantenir els salaris que es meriten fins al canvi de titularitat, en tots els havers fixos que es detallen en l'article 37.2 anterior.

En qualsevol cas, s'aplicarà l'article 55 del tercer Conveni col·lectiu estatal del sector."

El Conveni col·lectiu estatal del sector a què es fa referència (actualment, V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento,

distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, registrat i publicat per Resolució del Ministeri de Treball i Seguretat Social de 22 d'octubre de 2015) disposa, en el seu article 53, que:

“En las empresas o entidades públicas afectadas por el presente convenio colectivo, cuando la actividad en un centro de trabajo cese, por finalización o modificación total o parcial de contrato de explotación, arrendamiento, gestión, etc., y sea adjudicataria o nueva prestataria de dicha explotación o servicio otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores y trabajadoras adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales.

Se incluye también (...)

Será requisito necesario para tal subrogación que las personas trabajadoras del centro o centros de trabajo que se absorban **lleven prestando sus servicios en el mismo, al menos cuatro meses antes de la fecha de resolución o conclusión del contrato que se extingue.** El personal o trabajadores y trabajadoras que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados/as.

Asimismo será necesario que la empresa a la que se le extingue o concluya el contrato o adjudicación del servicio, notifique por escrito en el término improrrogable de quince días naturales, anteriores a la fecha efectiva de la subrogación o sustitución, o de quince días a partir de la fecha de comunicación fehaciente del cese, a la nueva empresa adjudicataria o entidad pública, y acredite documentalmente las circunstancias del puesto de trabajo, antigüedad, condiciones salariales y extrasalariales, laborales y sociales de todas las personas trabajadoras en los que debe operarse la subrogación o sustitución empresarial. Igualmente, la empresa sustituida deberá, en el mismo plazo, poner en conocimiento del personal afectado el hecho de la subrogación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el anterior adjudicatario y en su defecto, el nuevo deberá notificar el cambio de adjudicatario a la RLT de dicho servicio.

Los documentos de la empresa sustituida debe facilitar y acreditar ante la nueva empresa adjudicataria **son** los siguientes:

1. Certificado del Organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social y primas de accidentes de trabajo de todas las personas trabajadoras cuya subrogación se pretende o corresponda.
2. Fotocopia de las doce últimas nóminas o recibos de salarios mensuales de personas trabajadoras afectadas por la subrogación.
3. Fotocopia de los TC1 y TC2 de cotización de la Seguridad Social de los últimos doce meses, en los que figuren las personas trabajadoras afectadas.
4. Fotocopia del parte de alta en la Seguridad Social del personal afectado.
5. Relación de todo el personal objeto de la subrogación, en la que se especifique nombre, apellidos, documento nacional de identidad, domicilio, número de afiliación a la

Seguridad Social, antigüedad, jornada y horario, modalidad de contratación y fecha de disfrute de las vacaciones.

6. Fotocopia de los contratos de trabajo que tengan suscritos los trabajadores afectados y trabajadoras afectadas.

7. Documentación acreditativa de la situación de baja por incapacidad temporal de trabajadoras y trabajadores, riesgo durante el embarazo o maternidad de aquellas trabajadoras que, encontrándose en tales situaciones deban ser absorbidas, indicando el periodo que llevan en las mismas y sus causas. Así como los que se encuentran en excedencia, o cualquier otro supuesto de suspensión de contrato con reserva o expectativa de reingreso, siempre y cuando hayan prestado sus servicios en el centro o centros de trabajo, y que reúnan la antigüedad mínima establecida para la subrogación.

8. En el caso de que las vacaciones no hayan sido disfrutadas por el trabajador o trabajadora, total o parcialmente, estas se disfrutarán con la nueva empresa adjudicataria del servicio, debiendo la empresa saliente compensar económicamente al nuevo adjudicatario el coste salarial y de seguridad social de las vacaciones devengadas y no disfrutadas.

9. Copia de documento diligenciado por cada trabajador afectado o trabajadora afectada, en los que se haga constar que éste/a ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna.”

Tenint en compte aquestes previsions, pot concloure's que la comunicació des de l'empresa concessionària del servei d'abastament d'aigua fins al proper mes de desembre de les dades retributives (salari brut mensual i anual) percebudes per llurs treballadors a l'Ajuntament no requeriria el consentiment previ dels afectats, en la mesura que aquest assumeixi la gestió del servei i la cessió de les dades es dugui a terme en compliment de l'obligació de subrogar el personal que li imposa la legislació aplicable (article 11.2.a) LOPD).”

Per tant, és clar que si es tractés d'un servei privat no serien aplicables les consideracions formulades anteriorment, i que es recollien al dictamen CNS 16/2016, com a conseqüència de la titularitat pública del servei.

IV

Relacionada amb aquesta primera qüestió es planteja també una segona pregunta sobre si l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades seria competent per pronunciar-se si es tractés de la cessió de dades personals de serveis de titularitat privada.

L'article 3 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades disposa que l'àmbit d'actuació de l'Autoritat comprèn els fitxers i els tractaments que duen a terme:

- a) *Les institucions públiques*
- b) *L'Administració de la Generalitat*
- c) *Els ens locals*
- d) *Les entitats autònomes, els consorcis i les altres entitats de dret públic vinculades a l'Administració de la Generalitat o als ens locals, o que en depenen.*

- e) *Les entitats de dret privat que compleixin, com a mínim, un dels tres requisits següents amb relació a la Generalitat, als ens locals o als ens que en depenen:*
Primer. Que llur capital pertanyi majoritàriament als dits ens públics.
Segon. Que llurs ingressos pressupostaris provenguin majoritàriament dels dits ens públics.
Tercer. Que en llurs òrgans directius els membres designats pels dits ens públics siguin majoria.
- f) *Les altres entitats de dret privat que prestin serveis públics per mitjà de qualsevol forma de gestió directa o indirecta, si es tracta de fitxers i tractaments vinculats a la prestació d'aquests serveis.*
- g) *Les universitats públiques i privades que integren el sistema universitari català, i els ens que en depenen.*
- h) *Les persones físiques o jurídiques que compleixen funcions públiques amb relació a matèries que són competència de la Generalitat o els ens locals, si es tracta de fitxers o tractaments destinats a l'exercici d'aquestes funcions i el tractament es duu a terme a Catalunya.*
- i) *Les corporacions de dret públic que compleixen llurs funcions exclusivament en l'àmbit territorial de Catalunya als efectes del que estableix aquesta llei."*

D'acord amb això, si es tractés d'un servei d'abastament d'aigua de titularitat privada –per tant això descartaria qualsevol forma de gestió directa o indirecta de serveis públics-, aquesta Autoritat només seria competent en el cas que l'entitat que prestés el dit servei complís les condicions establertes a la lletra e) de l'article 3 esmentat. O sigui, hauria de complir-se algun dels següents supòsits:

- Que llur capital pertanyi majoritàriament als dits ens públics.
- Que llurs ingressos pressupostaris provenguin majoritàriament dels dits ens públics.
- Que en llurs òrgans directius els membres designats pels dits ens públics siguin majoria.

Tenint en compte això, si en l'empresa que formula la consulta no concorre alguna d'aquestes condicions, l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades només seria competent respecte aquells tractaments en què actuï com a gestora d'un servei públic. En cas contrari l'autoritat de control competent en matèria de protecció de dades seria l'Agencia Española de Protección de Datos.

V

En tercer lloc la consulta planteja en quin moment s'ha de produir la cessió de dades sobre els clients (adreces, telèfons, comptes corrents etc.).

En el dictamen CNS 16/2016 es va concloure que l'Ajuntament com a titular del servei, havia de poder tenir accés a la informació relativa als usuaris de què disposa l'empresa concessionària, per tal de garantir la continuïtat en la seva prestació.

Pel que fa al moment en què s'ha de produir la comunicació de la informació, s'ha de tenir en compte, tal com s'exposava en aquell dictamen, que la relació entre l'Ajuntament i l'empresa concessionària pot respondre a diferents esquemes. Simplificant-ho molt, ens podem trobar davant dos escenaris: en el primer escenari l'Ajuntament seria responsable del tractament i

l'empresa concessionària actuaria només com a encarregada del tractament; en el segon escenari, l'empresa concessionària actuaria com a responsable del tractament. La concurrència d'un o altre escenari dependrà de si ambdues entitats han formalitzat un encàrrec del tractament en els termes de l'article 12 LOPD.

En el primer escenari, és a dir, si l'empresa concessionària actua com a encarregada del tractament, l'Ajuntament com a responsable del tractament pot en qualsevol moment accedir a la informació que formi part de la prestació del servei. Per tant, no necessàriament hauria d'esperar a la finalització de la concessió i al moment en què es faci la cessió formal del mateix.

En el segon escenari, l'Ajuntament com a ens titular del servei disposa d'un seguit de prerrogatives i obligacions que poden justificar l'accés de l'Ajuntament a diferent informació relativa a la seva prestació mentre aquest s'està prestant. Caldrà posar en cada cas en relació la prerrogativa o l'obligació de què es tracti amb la informació a la qual es pretengui accedir. Ara bé, la consulta es refereix concretament a la cessió formal dels fitxers amb ocasió de la finalització de la concessió. En aquest cas, certament, la cessió de la informació de caràcter personal dels fitxers responsabilitat de l'empresa que estiguin vinculats a la prestació dels servei s'ha de produir en el moment en què s'hagi de produir el cessament de l'anterior prestador i l'assumpció del mateix per part del nou prestador, ja sigui la mateixa administració, ja sigui un tercer, atès que és aquesta circumstància la que justifica el transvassament de tota la informació i el cessament del seu tractament per l'empresa concessionària.

En aquest sentit, l'article 283.2 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, fa referència a què la reversió de les obres i instal·lacions que han de revertir s'haurà de fer en un termini "prudencial":

"2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas."

Aquest criteri resulta adequat també per al lliurament de la informació que s'ha de lliurar a l'Ajuntament. Per tant, amb una antel·lació prudencial a la finalització del contracte s'haurà de facilitar la informació sobre els clients, als efectes de garantir la continuïtat del servei.

VI

En darrer lloc, la consulta planteja també si quan es produeixi la cessió de les dades personals dels clients a l'Ajuntament, aquest ha d'informar-los d'acord amb l'article 5 de l'LOPD i si cal respectar la prohibició continguda a l'article 11.2.c) de l'LOPD signant els corresponents acords de confidencialitat.

D'entrada s'ha d'assenyalar que la resposta a aquestes qüestions també dependrà de l'escenari en el qual ens trobem, dels que s'han exposat en el fonament jurídic anterior.

Si l'Ajuntament era el responsable del fitxer i l'entitat concessionària l'encarregada del tractament, aleshores o seria necessari ni complir el deure d'informació, ni establir cap tipus de

compromís de confidencialitat, atès que les dades no s'haurien comunicat a un tercer sinó que simplement s'haurien retornat al responsable del fitxer.

En el cas que no sigui així, és a dir, si l'entitat concessionària actuava com a responsable del fitxer, caldrà complir amb el deure d'informació establert a l'article 5 LOPD. En concret caldrà tenir en compte que l'article 5.4 LOPD estableix que, llevat que ja se n'hagi informat abans les persones usuàries, aquestes han de ser informades, en els tres mesos següents, sobre els següents aspectes:

- Contingut del tractament
- Procedència de les dades
- Existència d'un fitxer o tractament de dades personals, finalitat de la recollida i destinataris de la informació
- Possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició
- Identitat i adreça del responsable del tractament o, si escau, del seu representant.

Pel que fa la finalitat per a la qual es podrà emprar la informació cedida, certament com indica l'article 11.2.c) LOPD només es podria emprar per la finalitat que ha justificat la cessió de la informació, això és, garantir la continuïtat en la prestació del servei.

Ara bé, pel que fa a la necessitat de signar compromisos de confidencialitat, tot i que el seu establiment pot ser recomanable per formalitzar la cessió i concretar diferents aspectes tècnics necessaris per al transvassament de la informació, la normativa de protecció de dades no recull l'obligació d'establir aquests compromisos. Tot això sens perjudici del deure de secret que amb caràcter general ja s'estableix a l'article 10 de l'LOPD pel responsable del fitxer i totes aquelles altres persones que intervinguin en el tractament.

D'acord amb les consideracions fetes en aquests fonaments jurídics en relació amb la consulta plantejada en relació amb la cessió de dades personals relatives al servei d'abastament d'aigua a l'Ajuntament titular del servei, es fan les següents,

Conclusions

1. Les consideracions formulades al dictamen CNS 16/2016 no són aplicables a les activitats de l'empresa que formula la consulta que no tinguin la consideració de servei públic.
2. Tenint en compte que no es tracta d'una entitat vinculada ni dependent de cap entitat sotmesa a l'àmbit d'actuació d'aquesta Autoritat, l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades només és competent respecte aquells tractaments en què l'empresa que formuli la consulta actuï com a gestora d'un servei públic.
3. La cessió, per garantir la continuïtat del servei, de la informació de caràcter personal dels fitxers responsabilitat de l'empresa que estiguin vinculats a la prestació dels servei s'ha de produir amb una antel·lació prudencial al moment en què s'hagi de produir el cessament de l'anterior prestador i l'assumpció del mateix per part del nou prestador.
4. Un cop produïda la cessió, les persones usuàries han de ser informades, en els tres mesos

següents, sobre els aspectes previstos a l'article 5.4 de l'LOPD. En canvi, no és obligatori l'establiment de compromisos de confidencialitat, tal com es plantejava a la consulta.

Barcelona, 30 de maig de 2016