

Dictamen en relación con una consulta de la sociedad mercantil municipal sobre si debe designar obligatoriamente un Delegado de Protección de Datos

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos un escrito de la sociedad mercantil municipal planteando si, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37.1 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), está obligada a designar a un Delegado de Protección de Datos. Plantea, en concreto, si puede albergarse dentro del término “organismo público” a que se refiere este artículo 37.1 a) del RGPD o bien puede considerarse que su actividad principal, por razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieren una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala a que se refiere el artículo 37.1 b) del RGPD.

Analizada la petición, vista la normativa vigente aplicable, y de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica emito el siguiente dictamen.

(...)

II

El RGPD ha incorporado en el ámbito de la protección de datos de carácter personal la figura del Delegado de Protección de Datos.

El artículo 37 del RGPD regula su designación, en los siguientes términos:

“1. El responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos siempre que: a) el tratamiento lo realice una autoridad o organismo público, salvo los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; b) las actividades principales del responsable o del encargado consisten en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, oc) las actividades principales del responsable o del encargado consisten en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales con arreglo al artículo 9 y de datos relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10. (...)”.

En cuanto a la primera consulta que se formula, se centra más bien en determinar si la sociedad mercantil municipal debe incluirse en el concepto “autoridad u organismo público” a que se refiere la letra a) del apartado 1, que, tal y como hemos señalado anteriormente, exige la designación de un delegado de protección de datos.

El RGPD no da un concepto de autoridad u organismo público que nos permita delimitar a qué entidades les resulta de aplicación estas previsiones. No obstante, puede servir como criterio orientador, el posicionamiento que ha adoptado al respecto el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (en adelante, GT29) en su documento de directrices sobre el Delegado de Protección de Datos, adoptado el 5 d abril de 2017 (WP 243 rev.01).

Así, el GT29 considera que debe ser el ordenamiento interno de cada estado el que determine qué sujetos deben entrar dentro de esta categoría. Obviamente, cuando se trate de sujetos que ejerzan poderes o potestades públicas deberán incluirse necesariamente dentro de esta categoría.

En el ordenamiento interno tampoco encontramos una definición de lo que hay que entender por "autoridad pública". Por el contrario, sí se define de forma clara a las entidades que tienen la consideración de administración pública.

De acuerdo con el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, tienen la consideración de administración pública:

- La Administración General del Estado.
- Las administraciones de las comunidades autónomas.
- Las entidades que integran la administración local.
- Cualquier organismo público o entidad de derecho público vinculados o dependientes de las administraciones públicas.

Sin perjuicio de que más allá del concepto de administración pública pueda haber otras entidades a las que se les deba reconocer la condición de autoridad pública, parece obvio que a todas las entidades que tengan la consideración de administración pública se les debería reconocer la condición de autoridad pública a efectos del RGPD.

Ahora bien, no parece que una entidad como ésta, entidad de derecho público bajo la forma de sociedad mercantil, pueda tener cabida en el concepto de administración pública establecido por la Ley 40/2015.

Por otra parte, el artículo 34 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), contempla otros supuestos que, más allá de los criterios generales contenidos en el artículo 37.1 RGPD, hacen exigible la figura del delegado de protección de datos. No parece que la sociedad a la que se refiere la consulta encaje en ninguno de los supuestos previstos por este artículo de la LOPDDDD.

Dicho esto, señalar que el GT 29, en el documento antes citado, recomienda que se incluyan en el concepto de autoridad pública, incluso sujetos privados que gestionen servicios públicos. En este sentido, señala que "la autoridad pública" como tal puede ejercerse no sólo por las autoridades y organismos públicos sino también por otras personas físicas o jurídicas regidas por el derecho público o privado. Y, en este sentido, hace referencia expresa a determinados sectores de actividad como los servicios de transporte público, el suministro de agua y energía, las infraestructuras viarias, la radiodifusión pública, la vivienda pública o los órganos disciplinarios de las profesiones reguladas, en función de la legislación nacional de cada Estado miembro. Para estos supuestos, recomienda como buena práctica la designación de un DPD.

III

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), establece, en su artículo 86.2, la reserva a favor de las entidades locales del servicio de transporte público de viajeros, y define éste servicio como esencial.

El artículo 85.2 de la LRBRL dispone que los servicios públicos de competencia local se pueden gestionar por medio de una sociedad mercantil local, siempre que su capital social sea de titularidad pública.

El artículo 85 ter de la LRBRL añade que las sociedades mercantiles locales se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

El artículo 1 de los Estatutos dispone que tiene naturaleza de sociedad mercantil del Ayuntamiento. Su capital es cien por cien de titularidad municipal.

El artículo 2.1 de los referidos Estatutos establece el objeto social de la sociedad la realización las siguientes finalidades:

“Organizar y prestar los servicios públicos de transporte colectivo de viajeros y colaborar con otros sistemas de transportes y servicios urbanos de cualquier tipo que de una forma principal o determinante, sirvan necesidades de la Ciudad.

Realizar los estudios de evaluación y los planes de movilidad, transporte y territorio que el Ayuntamiento (...) le encargue hasta su tramitación y aprobación por el órgano competente. Cualquier otra actividad relacionada con los fines que se expresan en el presente artículo. La empresa podrá, en relación con su objeto social, realizar toda clase de operaciones civiles, mercantiles, industriales o financieras sin limitación.”

El artículo 2.2 de los Estatutos dispone que “la sociedad (...), se considera como medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento (...), para todas aquellas actividades relacionadas con el objeto social descrito en el anterior párrafo. En este sentido, estará obligada a realizar los encargos de gestión que le efectúe el Ayuntamiento (...), de acuerdo con las instrucciones unilaterales fijadas. El encargo de gestión deberá estar relacionado con el objeto social, debiendo prever las condiciones de ejecución y su financiación”.

Del conjunto de estos preceptos se desprende, que la sociedad municipal se configura como una sociedad mercantil local creada como medio de gestión directa de los servicios públicos de titularidad del Ayuntamiento para realizar, entre otros, planes de movilidad, transporte y territorio, prestar los servicios públicos de transporte colectivo de viajeros así como colaborar con otros sistemas de transportes y servicios urbanos de cualquier tipo, en la que el Ayuntamiento Pleno ejerce las funciones de la Junta General y designa a los miembros del consejo de administración y gerencia, participa directamente y aporta todo el capital social.

Ciertamente, algunas de las funciones atribuidas a esta sociedad podrían ser ejercidas por el Ayuntamiento a través de su propia organización, en cuyo caso, resultaría indiscutible la exigibilidad de la figura del delegado de protección de datos (art. 37.1 RGPD). Pero no es menos cierto que la mayoría de las funciones que lleva a cabo la sociedad pueden llevarlas a cabo también otras entidades del sector privado que concurrirían en el mercado con la sociedad de capital público para llevar a cabo las actuaciones de prestación de los servicios públicos de transporte colectivo de viajeros y colaborar con otros sistemas de transportes y servicios urbanos de cualquier tipo que contribuyan a mejorar la movilidad en la ciudad (mejor comunicación, más sostenible y accesible a todo el mundo). De hecho, como hemos visto, los ámbitos de la gestión de determinados sectores de actividad como los servicios de transporte público, son mencionados de forma expresa en las directrices del GT 29 como supuestos en los que la designación de un delegado de protección de datos resultaría recomendable.

Por eso, y sin perjuicio de remarcar las innegables ventajas que para la atención de los derechos de los ciudadanos, para la propia organización, y también para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas esta autoridad, podría tener la designación de un delegado de protección de datos, no parece que pueda concluirse la obligatoriedad de su designación en el caso que nos ocupa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 37.1.a) RGPD y 34.1 LOPDGD.

En atención a todo lo expuesto, a efectos del RGPD y siguiendo el criterio del GT 29, en la medida en que la empresa lleve a cabo unas actividades que puedan considerarse funciones públicas, podría entenderse, que en este caso, constituiría buena práctica el nombramiento de un delegado de protección de datos.

En cualquier caso, cabe recordar que según lo dispuesto en el artículo 37.5 del RGPD, el delegado de protección de datos no debe ser necesariamente personal de la propia entidad. Por tanto, en caso de que de manera voluntaria se quisiera nombrar un delegado de protección de datos, resultaría perfectamente admisible que la empresa designara como delegado a la misma persona que actúa como tal respecto del Ayuntamiento, ya sea personal del propio Ayuntamiento, ya sea una persona externa a ambas entidades.

IV

En cuanto a la segunda consulta que se formula, se trata de determinar si podría considerarse que la actividad principal de la empresa municipal consiste en operaciones de tratamiento que, por razón de su naturaleza, alcance y/o fines requieren “una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala” que exija el nombramiento de un delegado de protección de datos tal y como establece la letra b) del apartado 1 del artículo 37 del RGPD, referido en el Fundamento jurídico II.

El RGPD no da un concepto de que se entiende por “observación habitual y sistemática”, pero siguiendo las directrices del GT 29 se interpreta “habitual” con uno o más de los siguientes significados: continuado o que se produce a intervalos concretos durante un período de tiempo concreto; recurrente o repetido en momentos prefijados y/o que tiene lugar de forma constante o periódica. Además, se interpreta “sistemática” con uno o más de los siguientes significados: que se produce de acuerdo con un sistema preestablecido, organizado o metódico; tiene lugar como parte de un plan general de recogida de datos y/o llevado a cabo como parte de una estrategia.

El RGPD tampoco da un concepto de que se entiende por “tratamiento a gran escala” que nos permita delimitar una cifra exacta, ya sea en relación con la cantidad de datos o la cantidad de personas afectadas que pueda aplicarse en todas las situaciones.

En el ordenamiento jurídico interno tampoco encontramos ninguna definición de tratamiento a gran escala ni método estándar para identificar en términos más específicos o cuantitativos que constituye “a gran escala” respecto a determinados tipos de actividades de tratamiento comunes.

Sin embargo, puede servir como criterio orientador, el posicionamiento que ha adoptado al respecto el GT29, antes mencionado, que recomienda que se tengan en cuenta, a la hora de determinar si un tratamiento se realiza a gran escala, los siguientes factores :

- El número de interesados afectados, bien como cifra concreta o como proporción de la población correspondiente;
- El volumen de datos o la variedad de elementos de datos que son objeto de tratamiento; - La duración, o permanencia de la actividad de tratamiento de datos, y - El alcance geográfico de la actividad de tratamiento.

De hecho, el GT 29 menciona expresamente en sus directrices, como ejemplo de tratamiento a gran escala, el tratamiento de datos de desplazamiento de las personas que utilizan el sistema de transporte público de una ciudad (por ejemplo, seguimiento mediante tarjetas de transporte) como supuesto en el que la designación de un delegado de protección de datos resultaría recomendable.

En este caso, ya falta de más información, por el tipo de servicio público que presta la empresa, parece que la actividad del tratamiento se produce de forma constante y metódica, que abarca todo el municipio. Por tanto, el número de usuarios (viajeros) y consecuentemente el número de datos recogidos puede ser muy elevado (p. ej. si se utilizan sistemas de videovigilancia en el interior de los vehículos) o si se utilizan títulos de viaje personalizados de uso exclusivo del titular (como la tarjeta del Club de los Tarraconinos para los menores de edad, la T-Jove, la Tarjeta jubilados, la Tarjeta pensionistas, la Tarjeta condición social y la T-Avanza) de modo que en función de los períodos de conservación de los datos puede permitir establecer pautas de conducta vinculadas a los desplazamientos.

Por ello, podría considerarse obligatoria su designación, de acuerdo con lo que establece el artículo 37.1.b) del RGPD. Ahora bien, es la empresa quien dispone de toda la información necesaria y quien, previo análisis interno, con toda la información y teniendo en cuenta los factores antes descritos, deberá determinar si el tratamiento de datos se realiza a gran escala.

En atención a todo lo expuesto, a efectos del RGPD y siguiendo el criterio del GT 29, en caso de que, como consecuencia de la actividad concreta que lleve a cabo, se den los factores que determinen que el tratamiento de datos se realiza a gran escala, podría entenderse, que en este caso, concurren las circunstancias previstas en la letra b) del apartado 1 del artículo 37 del RGPD y será obligatoria la designación de un delegado de protección de datos.

V

Para el caso de que se procediera a su designación, es necesario indicar que tanto la designación como los datos de contacto del delegado de protección de datos, deberían hacerse públicos en la web de la sociedad municipal, así como comunicarlos a la misma Autoridad a través del correspondiente formulario, disponible en la sede electrónica de la Autoridad <https://seu.apd.cat/ca/tramits/DPD> (artículo 37.7 RGPD).

En este formulario se pueden hacer constar los datos identificativos de la persona que ejercerá de delegado de protección de datos, siendo necesario, en este supuesto, informar previamente de la comunicación de sus datos a la Autoridad.

Señalar que también habría que comunicar a la Autoridad cualquier modificación que afectara a esta designación, como un cambio en los datos de contacto del delegado de protección de datos, a través del formulario correspondiente (también disponible en la sede electrónica de la Autoridad) .

De acuerdo con las consideraciones hechas hasta ahora en relación con la consulta planteada, se hacen las siguientes,

Conclusiones

Dados los sujetos afectados y las funciones atribuidas a la sociedad mercantil municipal, esta Autoridad considera que no sería exigible la designación de un delegado de protección de datos al amparo del artículo 37.1.a) del RGPD, aunque que constituiría una buena práctica. Esto sin perjuicio de su obligatoriedad en caso de que concurra el supuesto previsto en la letra b) del artículo 37.1 del RGPD o en otra norma de la que se derive su obligatoriedad.

Barcelona, 2 de septiembre de 2019