

Dictamen en relació amb diverses consultes formulades per la delegada de protecció de dades d'una entitat en el marc de la coordinació d'activitats empresarials

Antecedents

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades diverses consultes formulades per la delegada de protecció de dades (DPD) d'una entitat en el marc de la coordinació d'activitats empresarials.

Analitzada la consulta, vista la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent:

Fonaments Jurídics

I

(...)

II

D'acord amb el que s'ha exposat als antecedents, la delegada de protecció de dades (DPD) d'una entitat planteja diverses consultes que li sorgeixen en el marc d'una coordinació d'activitats empresarials.

La DPD manifesta que l'entitat té contractades a terceres empreses que li presten diversos serveis, subministraments o execucions d'obres (com ara, seguretat i vigilància, neteja, manteniment de les instal·lacions, etc.). Aquestes empreses tenen personal propi que desenvolupen la seva activitat directament en les instal·lacions de l'entitat.

Exposa que, d'acord amb el que estableix la normativa vigent, quan en un mateix centre de treball duen a terme activitats treballadors de dues o més empreses, aquestes han de cooperar en l'aplicació de la normativa sobre prevenció de riscos laborals. I, a tal efecte, l'entitat ha contractat a una empresa perquè li doni suport en la coordinació de l'activitat empresarial mitjançant un software que automatitza i simplifica la gestió documental, el qual està desenvolupat i subministrat per un tercer.

En aquest software, segons exposa la DPD, les empreses contractades per l'entitat introdueixen la següent informació: les dades identificatives del personal que prestarà serveis a les seves instal·lacions, certificat de la formació en prevenció de riscos laborals que ha rebut cada treballador/a, certificat de lliurament dels EPIs a cada treballador/a, certificat d'aptitud mèdica de cada treballador/a i el certificat conforme ha rebut informació sobre els riscos que tindrà a les instal·lacions de l'entitat.

Tant l'empresa contractada per donar suport en la coordinació de l'activitat empresarial com l'entitat tenen accés a aquesta informació. En el cas de l'empresa contractada, l'accés es produeix per verificar que s'ha inclòs tota la informació i que el treballador/a de l'empresa externa pot entrar a les instal·lacions de l'entitat per prestar els seus serveis.

La DPD de l'entitat formula les següents consultes:

- a) S'hauria d'atorgar un contracte de cessió de dades personals entre (l'entitat) i el tercer proveïdor que introdueix les dades personals dels seus treballadors en el software [...]?
- b) S'hauria d'atorgar un contracte d'encarregat del tractament entre (l'entitat) i (l'empresa contractada per rebre suport en la coordinació de l'activitat empresarial), essent (l'entitat) el responsable del tractament i (l'empresa) l'encarregat del tractament?
- c) L'empresa [...] subministradora del software [...] tindria la consideració de subencarregada del tractament (de l'empresa contractada per rebre suport en la coordinació de l'activitat empresarial)?

A banda de l'atorgament del corresponent contracte d'encarregat del tractament que hauria de subscriure (l'entitat) (com a responsable) i el tercer proveïdor (com a encarregat) en aquest cas hi hagi tractament de dades personals per part d'aquest últim, caldria atorgar algun altre tipus de contracte que regulés la relació entre el tercer proveïdor i l'empresa (contractada per rebre suport en la coordinació de l'activitat empresarial), o entre el tercer proveïdor i l'empresa [...] subministradora del software [...]?”.

Situada la consulta en aquests termes, partim de la base que, segons l'article 4.1 del Reglament (UE) 2016/679, de 27 d'abril, general de protecció de dades (RGPD), són dades personals “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;”.

Les dades del personal, sigui propi o extern, són dades personals d'acord amb l'article 4.1 del RGPD, motiu pel qual el tractament d'aquestes dades està sotmès als principis i obligacions que emanen de la normativa de protecció de dades.

No obstant això, si bé la DPD exposa en el seu escrit que la consulta té relació amb el règim de tractament de les dades personals de les persones treballadores de terceres empreses que presten serveis a les instal·lacions de l'entitat, es constata que les preguntes formulades no tenen com a objectiu la interpretació de la normativa de protecció de dades quant al tractament que se'ls dona a aquestes dades, sinó sobre la relació jurídica entre l'entitat i les empreses implicades en la coordinació d'activitats empresarials.

Dit això, fem referència **a la primera pregunta** formulada:

“S'hauria d'atorgar un contracte de cessió de dades personals entre (l'entitat) i el tercer proveïdor que introdueix les dades personals dels seus treballadors en el software [...]?”

D'entrada, cal fer avinent que la figura del contracte de cessió de dades personals no està regulada a la normativa de protecció de dades, sigui en el RGPD o en la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i garantia dels drets digitals.

Ara bé, cal tenir en compte que la comunicació de dades personals queda inclòs dins del concepte "tractament" segons el que preveu l'article 4.2 de l'RGPD, que el defineix com "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".

I, d'acord amb el que preveu l'article 5.1.a), qualsevol tractament de dades personals ha de ser lícit, lleial i transparent en relació amb l'interessat i, en aquest sentit, l'RGPD estableix la necessitat que es fonamenti en alguna de les bases jurídiques de l'article 6.1, com ara quan el tractament és necessari per el compliment d'una obligació legal aplicable al responsable del tractament (art. 6.1.c), i en cas que es vegin afectades categories especials de dades a les quals es refereix l'article 9.1 de l'RGPD, com ara, les dades relatives a la salut, ha de concórrer igualment una de les circumstàncies de l'article 9.2 de l'RGPD, com ara que el tractament sigui necessari pel compliment d'obligacions i l'exercici de drets específics del responsable del tractament o de l'interessat en l'àmbit del dret laboral y de la seguretat y protecció social (art. 9.2.b).

Prenent en consideració que l'entitat fa referència a la coordinació d'activitats empresarials, cal tenir en compte el que preveu l'article 24 de la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals (LPRL), pel qual:

"1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

[...]

6. Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente."

Aquest article ha estat desenvolupat pel Reial decret 171/2004, de 30 de gener, pel qual es desenvolupa l'article 24 de la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals, en matèria de coordinació d'activitats empresarials.

D'entrada, és important tenir en compte la diferència que fa l'article 2 de l'RD 171/2004 entre el concepte d'empresari titular del centre de treball i el d'empresari principal, atès que com veurem més endavant, l'RD preveu obligacions diferents segons quin sigui el cas. En particular, l'article 2 els defineix de la següent manera:

"[...]

b) **Empresario titular** del centro de trabajo: la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo.

c) **Empresario principal**: el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo."

L'article 4 de l'RD preveu que quan en un mateix centre de treball es desenvolupin activitats per treballadors de dos més empreses, aquestes han de cooperar en l'aplicació de la normativa de prevenció de riscos laborals. En particular, estableix la necessitat que les empreses concurrents s'informin recíprocament sobre els riscos específics de les activitats que desenvolupin en el centre de treball que puguin afectar als treballadors de la resta d'empreses concurrents en el centre (art. 4.2), i la necessitat que aquesta informació sigui tinguda en compte pels empresaris concurrents en l'avaluació dels riscos i en la planificació de la seva activitat preventiva (art. 4.4).

Per assolir aquest deure de cooperació, l'article 5 de l'RD estableix que els empresaris concurrents en el centre de treball establiran els mitjans de coordinació per a la prevenció de riscos laborals. I, entre els possibles mitjans de coordinació possibles, l'article 11 de l'RD inclou l'intercanvi d'informació i la comunicació entre les empreses concurrents.

Sobre la base d'aquestes previsions comuns, posteriorment, l'RD regula al capítol III el cas de concurrència de treballadors de diverses empreses en un centre de treball del qual un empresari és titular, i al capítol IV quan la concurrència de treballadors de diverses empreses en un centre de treball quan existeix un empresari principal.

En el cas de l'empresari titular del centre de treball, el capítol II de l'RD preveu l'obligació de l'empresari titular d'informar a la resta d'empresaris concurrents sobre els riscos propis del centre de treball que els hi pugui afectar (art.7) i a què, un cop rebuda la informació a la qual es refereix l'article 4.2 de l'RD, i sempre que els seus treballadors també desenvolupin activitats en el dit centre de treball, doni instruccions als empresaris concurrents per a la prevenció dels riscos existents en el centre i que puguin afectar els seus treballadors, així com les mesures que han de seguir en cas d'emergència (art. 8.1). Els empresaris concurrents han de tenir en compte aquesta informació en la seva avaluació de riscos i planificació de la seva activitat preventiva (art. 9.1).

I, en el cas de l'empresari principal, el capítol IV estableix el deure de vigilància, en el sentit que ha de vigilar el compliment de la normativa de prevenció de riscos laborals per part de

les empreses contractistes o subcontractistes d'obres i serveis corresponents a la seva pròpia activitat i que desenvolupin en el seu propi centre de treball. En aquest sentit, i entre altres qüestions, abans de l'inici de l'activitat en el seu centre de treball, l'empresari principal ha d'exigir que acreditin per escrit que s'ha dut a terme l'avaluació de riscos i la planificació de l'activitat preventiva, així com si han complert amb les obligacions en matèria d'informació i formació respecte dels treballadors que hagin de prestar els seus serveis en el centre de treball.

Cal fer avinent que en la coordinació d'activitats es pot donar el cas en que no coincideixi la figura d'empresari principal i empresari titular del centre de treball. Per tant, des de la perspectiva de les obligacions que estableix la normativa de prevenció de riscos, és rellevant establir si s'està davant la figura d'empresari titular del centre de treball o d'empresari principal, ja que és la pròpia norma la qual defineix quin és l'abast de les obligacions. Alhora, això també pot ser rellevant des del punt de vista de la protecció de dades personals si la comunicació de dades excedeix del que la normativa de prevenció de riscos preveu en cada cas.

A tal efecte, cal tenir en compte que la jurisprudència del Tribunal Suprem (més recentment, la sentència número 630/2022 de 6 de juliol, de la Secció 1a de la Sala Social), ha interpretat el concepte de "pròpia activitat" a què fa referència la definició d'empresari principal:

"[...] Es por ello que lo que deba entenderse por "propia actividad" constituye elemento básico en la aplicación del precepto que ha dado lugar a múltiples resoluciones y teorías que, a la vez que han resuelto el caso concreto, han pretendido establecer criterios que pudieran servir de general aplicación. En este sentido, la Sala desde la STS de 18 de enero de 1995, Rjud. 150/1994 (RJ 1995, 514), ha venido señalando que el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado. El fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, [...] . Por tanto, ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente [...].

Así, como recordamos en la STS de 9 de mayo de 2018, Rjud. 3535/2016 (RJ 2018, 2298), la imprecisión de lo que encierra el concepto de propia actividad ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente".

A partir de tot el que s'ha exposat, cal tenir en compte que si bé a priori hi hauria base jurídica suficient a la comunicació de dades sobre la base de l'article 24 de l'LPRL, i l'RD 1711/2004, en la mesura que estableixen la necessitat que les empreses concurrents en un centre de treball cooperin i es coordinin en l'aplicació de la normativa de prevenció de riscos laborals, cal tenir en compte que l'entitat també ha de respectar el principi de minimització de dades (art. 5.1.c) de l'RGPD), pel qual les dades tractades han de ser les adequades, pertinents i limitades a allò que és necessari en relació amb la finalitat del tractament. En

aquest sentit, cal tenir en compte que les obligacions que preveu l'RD 171/2004 són diferents segons si es tracta d'un empresari titular del centre de treball o d'empresari principal, ja que només en aquest segon cas hi existeix el deure de vigilància a que fa referència l'article 10 de l'RD 171/2004.

III

La **segona pregunta** formulada és la següent:

“S'hauria d'atorgar un contracte d'encarregat del tractament entre (l'entitat) i (l'empresa contractada per rebre suport en la coordinació de l'activitat empresarial), essent (l'entitat) el responsable del tractament i (l'empresa) l'encarregat del tractament??

L'article 4.7) de l'RGPD defineix responsable del tractament com “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;”

I, l'article 4.8) de l'RGPD defineix l'encarregat del tractament, o encarregat, com “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

D'acord amb la informació que es desprèn de la consulta formulada, l'entitat ha contractat una empresa amb la finalitat de rebre suport en la coordinació d'activitats empresarials. Per desenvolupar aquest servei, aquesta empresa utilitza un programari que automatitza i simplifica la gestió documental i la consulta exposa que entre les seves funcions consta la de verificar la informació bolcada per les empreses externes contractades relativa al personal que accedirà a les seves instal·lacions per dur a terme el servei contractat.

En aquest context, no sembla que hi hagi dubte en el fet que l'entitat és qui determina la finalitat i el mitjà del tractament, per tant, és la responsable del tractament, la qual ha pres la decisió de delegar una part de l'activitat de tractament a una organització externa (l'empresa). Essent així, en la mesura que l'empresa realitza un tractament per compte de l'entitat, en particular, dona suport en la coordinació d'activitats empresarials, estem davant un encàrrec del tractament, el qual, d'acord amb les previsions de l'article 28 de l'RGPD, requereix subscriure un contracte o formalitzar en un altre acte jurídic conforme al dret de la Unió o dels estats membres amb el contingut mínim al qual fa referència l'article 28.3 de l'RGPD.

IV

Quant a la **tercera pregunta** formulada, l'entitat consulta el següent:

“L'empresa [...] subministradora del software [...] tindria la consideració de sub-encarregada del tractament de (l'empresa contractada per rebre suport en la coordinació de l'activitat empresarial)?

D'entrada, val a dir que la consulta no aporta cap altra informació més enllà del fet que l'empresa subministradora del software és l'empresa que ha desenvolupat i que subministra el dit software. Per exemple, no es fa referència a les característiques tècniques d'aquesta plataforma, o del servei prestat, com ara, si es tracta d'un software com a servei (SaaS).

Ara bé, d'acord amb la informació que consta publicada al web del programari, d'acord amb el que consta en l'avís legal, sembla que sí que estem davant d'un programari com a servei (SaaS) en la mesura que la publicitat del software fa referència al fet que "toda la información (s'emmagatzema) en un solo lugar", i altres característiques com ara "con la disponibilidad de almacenamiento en la nube"; "con la seguridad de tener copias de datos diarias"; "previsualización de documentos sin necesidad de descarga", entre d'altres.

Si partim de la base que el software es comercialitza com a software com a servei (SaaS) i, per tant, comporta que l'empresa subministradora du a terme el tractament de les dades personals que les empreses externes i l'entitat introdueixen en el dit programari, del qual l'empresa que dona suport en la coordinació es nodreix per donar suport en la coordinació d'activitats empresarials per compte de l'entitat, l'empresa subministradora del software és subencarregada del tractament.

L'article 28.2 de l'RGPD estableix que "el encargado de tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios".

Això comporta que l'empresa que dona suport en la coordinació d'activitats empresarials no pot recórrer a un altre encarregat del tractament sense l'autorització prèvia per escrit, sigui específica o general, del responsable del tractament (l'entitat). Per tant, en el contracte d'encarregat del tractament entre l'entitat i aquesta empresa, o en qualsevol acte jurídic que s'ajusti a dret, cal que s'hagi establert que, per mitjà de la seva formalització l'entitat ha autoritzat a l'empresa a subcontractar els serveis, sigui d'una manera específica fent referència a l'empresa subministradora del software o bé d'una manera general, com ara, fer referència als serveis de suport en la coordinació d'activitats empresarials.

Alhora, l'empresa que dona suport en la coordinació d'activitats empresarials també ha de formalitzar un contracte específic amb la subministradora del software, on ha de constar totes les obligacions que l'entitat, com a responsable del tractament, imposa a l'empresa com a encarregat del tractament, les quals també ha de complir la subministradora del software (article 28.4 RGPD).

V

I, per acabar, quant a la **última pregunta**, l'entitat consulta el següent:

"A banda de l'atorgament del corresponent contracte d'encarregat del tractament que hauria de subscriure (l'entitat) (com a responsable) i el tercer proveïdor (com a encarregat) en aquest cas hi hagi tractament de dades personals per part d'aquest últim, caldria atorgar algun altre tipus de contracte que regulés la relació entre el tercer proveïdor i l'empresa (contractada per rebre suport en la coordinació de l'activitat

empresarial), o entre el tercer proveïdor i l'empresa [...] subministradora del software [...]??”

Sobre la base del que s'ha conclòs respecte de la segona pregunta formulada, en la mesura que l'empresa contractada per donar suport en la coordinació de l'activitat empresarial presta un servei a l'entitat, el qual pot requerir l'accés a dades personals, aquesta empresa és encarregada del tractament de l'entitat.

Sobre la base de la definició d'encarregat del tractament de l'article 4.8) de l'RGPD, i del que preveu l'article 28 del RGPD i l'article 33 de l'LOPDGDD, cal tenir en compte que el principal tret característic de la figura de l'encarregat del tractament és que el tractament de dades personals que du a terme és per compte del responsable del tractament i necessàriament ha d'estar subjecte a les seves instruccions, perquè és el responsable qui decideix sobre la finalitat i usos de la informació (art. 4.7) de l'RGPD). Altrament, en el cas que l'empresa contractada fes ús de les dades personals per a les seves pròpies finalitats, se'l considerarà responsable del tractament.

En definitiva, s'ha de tenir en compte que el fet que el tractament es dugui a terme per un encarregat del tractament és una decisió adoptada pel responsable del tractament, el qual té la potestat de decidir que les dades personals es tractin dins de la seva organització o bé delegar totes o una part de l'activitat de tractament a una organització externa. Això implica que, encara que l'encarregat del tractament hagi de vetllar per complir igualment amb els principis i obligacions establerts per la normativa de protecció de dades, amb caràcter general la responsabilitat del tractament no es desplaça.

Portat al cas de la consulta formulada, la relació dels tercers proveïdors amb l'empresa contractada per donar suport en la coordinació de les activitats empresarials, d'una banda, únicament respon al fet que aquesta empresa actua com a encarregada del tractament de l'entitat i, per altra banda, es relacionen amb l'empresa subministradora del software en la mesura que és la proveïdora del programari emprat per dur a terme el suport en la coordinació d'activitats empresarials en nom de l'entitat. Així, la relació de les terceres empreses amb aquestes empreses es fa en nom de l'entitat.

Per tant, en la mesura que l'empresa contractada per donar suport actua com a encarregada del tractament de l'entitat, i que l'empresa subministradora de software és subencarregada, no és necessari subscriure cap contracte que reguli la relació entre els tercers proveïdors en el sentit de la consulta formulada, perquè sens perjudici que l'empresa contractada per donar suport hagi de vetllar per complir amb els principis i obligacions que li imposa la normativa de protecció de dades, i per descomptat les instruccions de l'entitat com a responsable del tractament, la relació entre l'entitat i aquesta empresa no desplaça les responsabilitats que la normativa atribueix a l'entitat com a responsable del tractament.

Conclusió

Analitzades les consultes formulades per l'entitat, i sobre la base de la informació que ha estat tramesa, es conclou el següent:

- 1) La normativa de protecció de dades no obliga a subscriure un contracte de cessió de dades personals. En qualsevol cas, la comunicació de dades personals requereix

d'una base jurídica que la legítimi prenent en consideració les qüestions que han estat exposades en el fonament jurídic II d'aquest dictamen.

- 2) És necessari subscriure un contracte d'encarregat del tractament entre l'entitat i l'empresa contractada per donar suport en la coordinació d'activitats empresarials que s'ajusti a les previsions de l'article 28 de l'RGPD i l'article 33 de l'LOPDGDD.
- 3) D'acord amb la informació que s'ha pogut constatar, l'empresa subministradora del software actua com a subencarregada del tractament de les dades del personal de les empreses externes en el marc de la coordinació d'activitats empresarials.
- 4) La normativa de protecció de dades no obliga a subscriure cap contracte entre les empreses externes que presten un servei a l'entitat i l'empresa que donar suport en la coordinació d'activitats empresarials o l'empresa subministradora del software.

Barcelona, 22 de desembre de 2023