

Dictamen en relació amb la consulta formulada per un Ajuntament, sobre l'obligació de nomenar un delegat de protecció de dades en una societat mercantil limitada, que gestiona el servei d'una residència i centre de dia municipal.

Ref. CNS 20/2024

Antecedents

1. El delegat de protecció de dades (en endavant, DPD) de l'Ajuntament adreça a aquesta Autoritat una sol·licitud de Dictamen, sobre l'obligació de nomenar un *DPD "en una societat de capital i òrgans municipals, però la seva personalitat jurídica és una societat mercantil limitada"* que, segons la consulta, gestiona el servei d'una residència i centre de dia municipal.
2. Analitzada la consulta, que no s'acompanya de més informació o documentació, vista la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica, s'informa del següent:

Fonaments de dret

I

(...)

II

La consulta pregunta si seria obligatori nomenar un delegat de protecció de dades (DPD) en una societat mercantil limitada que, segons la consulta, gestiona el servei d'una residència i centre de dia municipal, sense més concreció.

El Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (RGPD), és la norma que crea i determina el contingut i funcions del delegat de protecció de dades (DPD).

L'article 37 de l'RGPD en regula la seva designació, en els termes següents:

"1. El responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos siempre que:

a) el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial;

“b) las actividades principales del responsable o del encargado consistan 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, o

c) las actividades principales del responsable o del encargado consistan 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.

(...).”

Fem avinent que aquesta Autoritat ha examinat en diferents ocasions la qüestió relativa al nomenament d'un DPD, específicament en relació amb societats mercantils municipals, entre d'altres, en els Dictàmens CNS 32/2019 o CNS 40/2019, disponibles al web www.apdcat.cat.

En relació amb la previsió de l'article 37.1.a) RGPD, cal referir-se a la possible inclusió de les societats mercantils municipals en el concepte “autoritat o organisme públic”, cosa que portaria a haver de nomenar en aquest cas un DPD.

Sobre aquesta qüestió, pel seu interès reproduïm a continuació les consideracions fetes per aquesta Autoritat anteriorment, entre d'altres, en el Fonament Jurídic II del Dictamen CNS 32/2019, esmentat:

“(...).

L'RGPD no dona un concepte d'autoritat o organisme públic que ens permeti delimitar a quines entitats els resulta d'aplicació aquestes previsions. No obstant això pot servir com a criteri orientador, el posicionament que ha adoptat al respecte el Grup de Treball de l'Article 29 (en endavant, GT29) en el seu document de directrius sobre el Delegat de Protecció de Dades, adoptat el 5 d'abril de 2017 (WP 243 rev.01).

Així, el GT29 considera que ha de ser l'ordenament intern de cada estat el que determini quins subjectes han d'entrar dins d'aquesta categoria. Òbviament, quan es tracti de subjectes que exerceixen poders o potestats públiques s'hauran d'incloure necessàriament dins d'aquesta categoria.

En l'ordenament intern tampoc trobem una definició del que cal entendre per “autoritat pública”. Per contra, sí que es defineix de forma clara les entitats que tenen la consideració d'administració pública.

D'acord amb l'article 2.3 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, tenen la consideració d'administració pública:

- L'Administració General de l'Estat.*
- Les administracions de les comunitats autònomes.*
- Les entitats que integren l'administració local.*
- Qualsevol organisme públic o entitat de dret públic vinculats o dependents de les administracions públiques.*

Sense perjudici que més enllà del concepte d'administració pública hi pugui haver altres entitats a les quals se'ls hagi de reconèixer la condició d'autoritat pública, sembla obvi que a totes les entitats que tinguin la consideració d'administració pública se'ls hauria de reconèixer la condició d'autoritat pública a efectes de l'RGPD.

(...)."

En principi no sembla que qualsevol entitat de capital públic d'àmbit municipal sota la forma de societat mercantil, pugui tenir cabuda en el concepte estricte d'administració pública establert per la Llei 40/2015, que es refereix, pel que fa a l'administració local, específicament, a les *"entitats que integren l'administració local."*

D'altra banda, l'article 34 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (en endavant, LOPDGDD), preveu altres supòsits que, més enllà dels criteris generals que conté l'article 37.1 RGPD, fan exigible la figura del DPD.

A la vista dels diferents supòsits que preveu l'article 34.1 LOPDGDD, als que ens remetem, tampoc no sembla que una societat mercantil municipal com la que esmenta la consulta, encaixi en cap dels supòsits previstos per aquest article de l'LOPDGDD.

Per tant, d'entrada, no sembla que, ni en base a l'article 37.1.a) RGPD ni en base a l'article 34.1 LOPDGDD, resulti obligatori el nomenament d'un DPD propi d'aquesta societat mercantil.

Qüestió diferent és que pugui ser recomanable el nomenament d'un DPD, com a bona pràctica, en els termes que apunta el Grup de Treball de l'Article 29 (GT 29) en el seu document de directrius sobre el DPD, de 5 d'abril de 2017.

Així, el GT 29 recomana que s'incloguin en el concepte d'autoritat pública, fins i tot, subjectes privats que gestionin serveis públics. En aquest sentit, assenyala que:

"Una labor pública puede llevarse a cabo, y la autoridad pública puede ejercerse, no solo por las autoridades y organismos públicos sino también por otras personas físicas o jurídicas regidas por el derecho público o privado, en sectores como, según la legislación nacional de cada Estado miembro, 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 estos casos, los interesados pueden estar en una situación muy similar a la que se produce cuando una autoridad u organismo público trata sus datos. En particular, los datos pueden tratarse para fines similares y las personas suelen tener un poder de decisión igualmente escaso o nulo sobre si sus datos se tratan y de qué manera, y pueden, por tanto, requerir la protección adicional que pueda aportar la designación de un DPD.

Aunque no existe obligación en tales casos, el Grupo de Trabajo del artículo 29 recomienda como buena práctica que las organizaciones privadas que llevan a cabo una función pública o ejercen autoridad pública designen un DPD. La actividad de dicho DPD abarca todas las operaciones de tratamiento realizadas, también las que no están relacionadas con el

desempeño de una función pública o el ejercicio de una autoridad pública (p. ej. la gestión de una base de datos de empleados).”

Val a dir que el GT 29, en relació amb aquesta recomanació, fa referència expressa a determinats sectors d'activitat, enumeració en la que no trobem específicament el sector dels serveis socials que, per la informació de què es disposa, podria estar relacionat amb el supòsit al que es refereix l'Ajuntament.

Com hem dit, la consulta es refereix a la gestió d'una residència i centre de dia municipal, sense major concreció. Aquest tractament podria referir-se a la gestió d'un servei municipal dels previstos a la Cartera de serveis socials (regulada al Decret 142/2010, d'11 d'octubre, en desenvolupament de la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials (LSS)), a la que ens referirem més endavant.

En qualsevol cas, el GT 29 fa una referència general a “una labor pública” que es duu a terme per altres persones físiques o jurídiques, de dret públic o privat, com seria una societat mercantil. Per tant, la designació d'un DPD podria dur-se a terme com una bona pràctica, en funció del tractament que s'hagi de realitzar, i a criteri de l'Administració pública municipal titular del servei municipal, que en determina la gestió per una entitat mercantil privada, i l'abast d'aquesta gestió i, per tant, el tractament de dades personals per part de la societat mercantil.

En definitiva, i seguint el criteri del GT 29, en la mesura que la societat mercantil dugui a terme unes activitats que puguin considerar-se funcions públiques, podria entendre's que en aquest cas constituiria una bona pràctica el nomenament d'un DPD.

També recordem que l'article 34.2 LOPDGDD, parteix de la possibilitat de nomenar un DPD en aquells casos en què la norma no n'indica l'obligatorietat (art. 34.1 LOPDGDD):

“2. Los responsables o encargados del tratamiento no incluidos en el párrafo anterior podrán designar de manera voluntaria un delegado de protección de datos, que quedará sometido al régimen establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica.”

III

A banda d'això, pel que fa als supòsits dels apartats b) i c) de l'article 37.1 RGPD, esmentats, fem notar el següent.

Segons disposa l'article 85 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local (LRBRL), disposa que:

“1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

(...).

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.”

Segons l'article 85 ter de la mateixa LRBRL:

*“1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán 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, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.
2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad.
3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.”*

Val a dir que la consulta no s'acompanya dels Estatuts de la societat mercantil a la que es refereix, ni de cap altra informació relativa a la prestació dels serveis públics titularitat de l'Ajuntament, relatius a la gestió de la “residència i centre de dia municipal” en qüestió, que aportí més informació sobre el tipus d'equipament de què es tractaria i, en concret, als efectes que interessin, sobre el tractament de dades que s'ha de produir o del que seria responsable la societat mercantil.

A més, val a dir que, en desenvolupament de la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials (LSS), la Cartera de serveis socials, esmentada (respecte la que ens remetem al Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials 2010-2011, prorrogada amb posterioritat), inclou diferents serveis bàsics o especialitzats que podrien referir-se al supòsit de la consulta.

Així, entre d'altres, la Cartera de serveis socials inclou diverses modalitats de serveis de centres de dia de teràpia ocupacional per a persones amb discapacitat intel·lectual o amb discapacitat física; serveis de residència temporal o permanent per a persones amb discapacitat intel·lectual amb necessitat de suport limitat; serveis de residència assistida, centres de dia per a gent gran amb risc social de caràcter temporal o permanent; centres de dia per a persones amb addicions, etc. El catàleg de serveis també inclou diferents modalitats de centres residencials per a persones menors.

Tenint en compte això, i atesa la informació aportada, fem notar que als efectes d'aquest informe no es disposa d'informació suficient sobre el tipus de servei municipal concret que gestiona la societat mercantil a què es refereix la consulta, ni sobre quin perfil o el col·lectiu de persones usuàries ateses per aquesta entitat privada, o el volum de persones físiques afectades ni, en definitiva, sobre el tractament de dades personals que es dona en cas objecte de consulta.

Això no permet determinar amb precisió si podrien concórrer els elements previstos a l'article 37.1, apartats b) o c) de l'RGPD, que comporten l'obligatorietat del nomenament d'un DPD.

En qualsevol cas, d'entrada, no semblaria que s'hagi de produir en aquest cas un tractament consistent en una *“observació habitual i sistemàtica d'interessats a gran escala”* (art. 37.1.b) RGPD), supòsit que semblaria més relacionat amb tractaments de dades a través, per exemple, de sistemes de videovigilància a gran escala en alguns casos, o amb tractaments consistents o relacionats amb la realització de perfils o d'anàlisi de comportament, si tenim en compte les previsions de la normativa (considerant 24 i art. 35.3.c) RGPD).

Com fa avinent el GT 29 en el document esmentat (apartat 2.1.4), l'RGPD no defineix la noció d'observació habitual i sistemàtica dels interessats, però el concepte d'observació del comportament sí es menciona en el considerant 24, esmentat, i inclou clarament tota forma de seguiment i creació de perfils a Internet, també amb finalitats de publicitat conductual (tot i que l'observació no es limitaria, tampoc, a criteri del GT 29, a l'entorn en línia).

l respecte el concepte de *“tractament a gran escala”*, com assenyala el GT 29 (apartat 2.1.3):

“El artículo 37, apartado 1, letras b) y c), dispone que el tratamiento de datos personales debe realizarse a gran escala para provocar la designación de un DPD. El RGPD no define qué se entiende por tratamiento a gran escala, aunque el considerando 91 ofrece alguna orientación.

De hecho, no es posible dar una cifra exacta, ya sea con relación a la cantidad de datos procesados o al número de personas afectadas, que pudiera aplicarse en todas las situaciones. (...).

En cualquier caso, el Grupo de Trabajo recomienda que se tengan en cuenta los siguientes factores, en particular, a la hora de determinar si el tratamiento se realiza a gran escala:

- 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;*
- el alcance geográfico de la actividad de tratamiento.”*

l segons el considerant 91 de l'RGPD, el tractament a gran escala suposaria *“tratar una cantidad considerable de datos personales a nivel regional, nacional o supranacional y que podrían afectar a un gran número de interesados y entrañen probablemente un alto riesgo, por ejemplo, debido a su sensibilidad, (...).”*

Tenint en compte això, i atesa la informació de què disposem, en principi no sembla que ens trobem en el supòsit de l'article 37.1.b) RGPD.

IV

Dit això, i pel que fa a la possible concurrència del supòsit previst a l'article 37.1.c) RGPD, en aquest cas l'exigència del nomenament del DPD vindria fonamentada, si escau, en el tractament de dades de categories especials (art. 9.1 RGPD), sempre que aquest tractament

es dugui a terme com a part de l'activitat principal del responsable (la societat mercantil), i a gran escala, conceptes als que ja ens hem referit.

Per la informació disponible, certament no es pot descartar que el tractament de dades que duu a terme el responsable d'un servei de residència municipal o d'un centre de dia, comporti en major o menor mesura el tractament de dades de categories especialment protegides, concretament, dades de salut de determinades persones ateses a la residència o centre de dia en qüestió (art. 9.1 RGPD).

Ara bé, tot i que no podem descartar que es tractin dades de categories especials en el context d'una residència o d'un centre de dia en la que s'atén a gent gran o a persones amb discapacitat -tenint en compte les previsions de la Cartera de serveis socials, esmentada-, no es disposa de suficient informació per constatar si, en aquest cas, aquest tractament es produeix en els termes que preveu l'apartat c) de l'article 37.1 RGPD, esmentat, per a fer obligatori el nomenament d'un DPD, és a dir, si el tractament de dades de categories especials correspon a l'activitat principal de l'entitat mercantil, o si es produeix un tractament a gran escala, seguint els paràmetres apuntats pel GT 29.

En concret, i més enllà del que ja s'ha assenyalat, fem notar que, perquè resultés d'aplicació l'obligatorietat del nomenament del DPD en base a l'article 37.1.c) RGPD, caldria que el tractament de dades de categories especials s'emmarqui en l'activitat principal de la societat mercantil que gestiona el servei.

I segons el GT 29 (apartat 2.1.2 de les Directrius):

“El artículo 37, apartado 1, letras b) y c), del RGPD se refiere a las «actividades principales del responsable o del encargado». El considerando 97 especifica que las actividades principales de un responsable están relacionadas con «sus actividades primarias y no están relacionadas con el tratamiento de datos personales como actividades auxiliares». Las «actividades principales» pueden considerarse las operaciones clave necesarias para lograr los objetivos del responsable o del encargado del tratamiento.

No obstante, las «actividades principales» no deben interpretarse como excluyentes cuando el tratamiento de datos sea una parte indisociable de la actividad del responsable o encargado del tratamiento. Por ejemplo, la actividad principal de un hospital es prestar atención sanitaria. Sin embargo, un hospital no podría prestar atención sanitaria de manera segura y eficaz sin tratar datos relativos a la salud, como las historias clínicas de los pacientes. Por tanto, el tratamiento de dichos datos debe considerarse una de las actividades principales de cualquier hospital y los hospitales deben, en consecuencia, designar un DPD.”

En aquest sentit, podria donar-se el cas, per exemple, que al centre de dia no es presti una atenció mèdica específica a les persones ateses. També podria ser que les activitats que es duen a terme al centre de dia (activitats lúdiques, d'acompanyament, etc), no comportin ni tan sols el tractament sistemàtic de dades de categories especials de les persones que acudeixen al centre de dia.

En definitiva, podria ser que la societat mercantil que, segons la consulta, “gestiona” la residència i el centre de dia, no tracti determinada informació personal de les persones ateses, sinó que el tractament de la informació mèdica dels residents es dugui a terme

únicament o principalment des dels serveis d'atenció sanitària o social del municipi (CAP o serveis socials de l'Ajuntament).

En aquest cas, si l'entitat mercantil o bé no tracta dades de categories especials (art. 9.1 RGPD), o no les tracta en els termes que preveu l'article 37.1.c) RGPD, tampoc no sembla que resultés obligatori el nomenament d'un DPD per part d'aquesta societat mercantil.

Tot això sens perjudici que, si el tractament de dades que hagués de dur a terme la societat mercantil per delegació de l'Ajuntament, es produeix en els termes de l'article 37.1.c) RGPD (qüestió que no es pot determinar amb precisió atesa la informació disponible), podria resultar obligatori el nomenament d'un DPD.

Així, també recordem que, segons l'article 37.6 RGPD: *“El delegado de protección de datos podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios.”*

Per tant, el DPD no ha de ser necessàriament personal de la pròpia entitat, en aquest cas, la societat mercantil. Així, en el cas que la societat mercantil designi un DPD -si es donen les circumstàncies de l'article 37.1 RGPD, o si es procedeix al nomenament com a bona pràctica de l'entitat en els termes apuntats-, podria exercir aquesta funció la mateixa persona que actua com a DPD de l'Ajuntament, ja sigui personal del propi Ajuntament, o ja sigui una persona externa a ambdues entitats (Ajuntament i societat mercantil).

Conclusions

La informació disponible no permet determinar amb precisió si podrien concórrer els elements previstos a l'article 37.1 de l'RGPD, o a l'article 34.1 LOPDGDD, que comporten l'obligatorietat del nomenament d'un DPD.

En qualsevol cas, en principi no sembla que hagi de concórrer l'obligatorietat del nomenament d'un DPD en base a les previsions de l'article 37.1, apartats a) i b).

Pel que fa a la concurrència del supòsit previst a l'article 37.1.c) RGPD, l'exigència del nomenament del DPD vindria fonamentada, si escau, en el tractament de dades de categories especials (art. 9.1 RGPD), sempre que aquest tractament es dugui a terme com a part de l'activitat principal de la societat mercantil, i a gran escala. Si l'entitat mercantil o bé no tracta dades de categories especials (art. 9.1 RGPD), o no les tracta en els termes que preveu l'article 37.1.c) RGPD, tampoc no sembla que resulti obligatori el nomenament d'un DPD per part d'aquesta societat mercantil.

Qüestió diferent és que es pugui nomenar un DPD com a bona pràctica, com apunta el Grup de Treball de l'Article 29 (GT 29) en el seu document de directrius sobre el DPD, en atenció al tractament que s'hagi de dur a terme.

Barcelona, 15 de juliol de 2024