

RESOLUCIÓ D'ARXIU de la informació prèvia núm. 87/2010, referent a l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona i a Nexgrup Tecnologia en Prevención SL.

Primer.- En data 17/06/2010 va tenir entrada a l'Agència Catalana de Protecció de Dades (actualment Autoritat Catalana de Protecció de Dades, de conformitat amb la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en virtut de la qual se subroga en la posició de l'Agència –DT 1^a–) una denúncia formulada contra la societat Nexgrup Tecnologia en Prevención, S.L (en endavant, NEXGRUP), per un presumpte incompliment de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

Concretament, la persona denunciant exposava que NEXGRUP –empresa amb la qual l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona (en endavant, ORGT) tenia contractat el servei de prevenció de riscos laborals fins el mes de maig de 2010- hauria comunicat dades mèdiques relatives al personal de l'ORG T que constaven als seus fitxers per haver estat objecte de revisions preventives en anys anteriors, a l'empresa GESEME Prevención de Riesgos Laborales (en endavant, GESEME), la qual a partir d'aquell moment passava a prestar el servei de prevenció contractat per l'ORG T.

Segon.- L'Agència va obrir una fase d'informació prèvia (IP 87/10), d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en relació amb l'article 17 de la Llei 5/2002, de 19 d'abril, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, per tal d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

Tercer.- En el si d'aquesta fase d'informació prèvia, l'Agència va efectuar un requeriment a l'ORG T per tal que informés, entre d'altres, dels següents extrems:

1. Si l'ORG T tenia formalitzat un conveni, contracte o algun altre instrument jurídic amb l'empresa NEXGRUP, a fi d'externalitzar la realització de les accions de vigilància de la salut previstes a la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals.
2. Si, tal com afirmava la denúncia, l'ORG T havia canviat recentment de servei de prevenció de riscos laborals, prestant-lo actualment l'empresa GESEME.

Quart.- Aquest requeriment fou contestat per l'ORG T mitjançant escrit de data 20/07/2010. En aquest escrit s'informava del següent:

- Que, efectivament, l'ORG T tenia formalitzat un contracte amb l'empresa NEXGRUP, per a la realització de les accions de vigilància de la salut previstes a la Llei 31/1995.
- Que l'ORG T havia canviat recentment de Servei de Prevenció de riscos laborals, prestant-lo des del dia 12/05/2010 l'empresa GESEME, S.L.

L'ORG T aportava, juntament amb el seu escrit, la documentació que seguidament es detalla:

- Còpia del contracte administratiu formalitzat entre l'ORGT i NEXGRUP, de data 04/05/2009.
- Sol·licitud, de data 10/05/2010, per part de l'ORGT a l'entitat GESEME, de pressupost per a la realització de reconeixements mèdics al personal que presta serveis a l'esmentat organisme, durant el període comprés entre el 12/05/2010 i el 31/12/2010.
- Còpia del pressupost facilitat per l'empresa GESEME a l'ORGT, de data 10/05/2010.
- Còpia de l'acceptació, per part de l'ORGT, de l'esmentat pressupost, de data 12/05/2010; així com la resta de documentació que acredita la contractació administrativa entre el dit organisme i GESEME.
- Còpia de l'escrit que va dirigir l'ORGT a l'empresa NEXGRUP, de data 10/05/2010, en el qual li comunicava la seva decisió de contractar amb l'empresa GESEME la prestació del servei de prevenció de riscos laborals. Aquesta decisió, puntualitza el citat escrit, s'havia pres després que NEXGRUP informés a l'ORGT que, a conseqüència de la seva situació d'insolvència, finalitzaven la seva actuació general i per tant, també amb el citat organisme, amb efectes a partir del dia 11/05/2010.
- Còpia de l'escrit, de data 10/05/2010, que NEXGRUP va dirigir a l'ORGT comunicant-li que, d'acord amb la seva decisió de contractar un nou servei de prevenció de riscos laborals, procedirien al lliurament dels fitxers titularitat del citat organisme relatius a l'activitat preventiva, a l'empresa GESEME.
- Còpia de l'acte de transmissió, per part de NEXGRUP a GESEME, de la informació mèdica laboral relativa al personal de l'ORGT, de data 11/05/2010.

Cinquè.- El dia 23/07/2010 es va rebre a l'Agència, mitjançant correu electrònic, un escrit remès per la persona denunciant, que complementava la denúncia en el seu dia formulada. En aquest escrit la persona denunciant insistia en què, al seu entendre, s'havia produït una cessió il·lícita de dades de salut relatives al personal de l'ORGT, entre NEXGRUP i GESEME, cessió que s'havia efectuat amb el coneixement i aquiescència de l'ORGT. Juntament amb aquest escrit s'aportava diversa documentació que ja havia estat prèviament facilitada a l'Agència per l'ORGT.

Fonaments de Dret

Primer.- D'acord amb el previst a l'article 2 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en relació amb l'article 5 de la Llei 5/2002, de 19 d'abril, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, i l'article 15 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, és competent per dictar aquesta Resolució la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, entitat que s'ha subrogat en la posició jurídica de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, en virtut de la DT 1a) de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, si bé cal precisar que l'entrada en vigor d'aquesta Llei no afecta la resolució que aquí es dicta.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

Segon.- La denúncia formulada es referia a la possible vulneració de l'article 7.3 de la LOPD, atès que NEXGRUP, amb el coneixement de l'ORGT, hauria cedit a GESEME la documentació medico laboral de determinades persones que presten servei al citat organisme.

1.- Així doncs, el primer que cal aquí analitzar és el règim que la LOPD ha establert pel que fa a la cessió de dades personals.

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

Per la seva banda, l'article 11 de la LOPD regula la comunicació de dades, disposant el següent:

"1. Les dades de caràcter personal objecte del tractament només poden ser comunicades a un tercer per al compliment de finalitats directament relacionades amb les funcions legítimes del cedent i del cessionari amb el consentiment previ de l'interessat.

2. El consentiment que exigeix l'apartat anterior no és necessari:

a) Quan la cessió està autoritzada en una llei.

b) Quan es tracti de dades recollides de fonts accessibles al públic.

c) Quan el tractament respongui a la lliure i legítima acceptació d'una relació jurídica el desenvolupament, el compliment i el control de la qual impliqui necessàriament la connexió del tractament esmentat amb fitxers de tercers. En aquest cas, la comunicació només és legítima quan es limiti a la finalitat que la justifiqui.

d) Quan la comunicació que s'hagi d'efectuar tingui com a destinatari el defensor del Poble, el ministeri fiscal o els jutges o tribunals o el Tribunal de Comptes, en l'exercici de les funcions que té atribuïdes. Tampoc no cal el consentiment quan la comunicació tingui com a destinatari institucions autonòmiques amb funcions anàlogues al defensor del Poble o al Tribunal de Comptes.

e) Quan la cessió es produeixi entre administracions públiques i tingui com a objecte el tractament posterior de les dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques.

f) Quan la cessió de dades de caràcter personal relatives a la salut sigui necessària per solucionar una urgència que requereixi accedir a un fitxer o per fer els estudis epidemiològics en els termes que estableix la legislació sobre sanitat estatal o autonòmica.

(...).

En relació a les dades relatives a la salut, la LOPD estableix un règim més estricte pel que fa al seu tractament i cessió. En efecte, l'article 7.3 de la citada disposició preceptua que *"Les dades de caràcter personal que facin referència a l'origen racial, a la salut i a la vida sexual només poden ser recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti expressament"*.

Ara bé, aquest règim de la cessió de dades s'ha de posar en relació amb l'article 12 de la LOPD, que explicita el següent:

"1. No es considera comunicació de dades l'accés d'un tercer a les dades quan l'accés sigui necessari per a la prestació d'un servei al responsable del tractament.

2. La realització de tractaments per compte de tercers ha d'estar regulada en un contracte que ha de constar per escrit o en alguna altra forma que permeti acreditar-ne la concertació i el contingut, i s'hi ha d'establir de manera expressa que l'encarregat del tractament només ha de tractar les dades d'acord amb les instruccions del responsable del tractament, que no les pot aplicar ni utilitzar amb una finalitat diferent de la que figuri en el contracte esmentat, ni comunicar-les a altres persones, ni tan sols per conservar-les.

El contracte també ha d'estipular les mesures de seguretat a què es refereix l'article 9 d'aquesta Llei que l'encarregat del tractament està obligat a implementar.

3. Una vegada complerta la prestació contractual, les dades de caràcter personal han de ser destruïdes o tornades al responsable del tractament, i també qualsevol suport o document en què consti alguna dada de caràcter personal objecte del tractament.

4. En cas que l'encarregat del tractament destini les dades a una altra finalitat, les comuniqui o les utilitzi incomplint les estipulacions del contracte, també ha de ser considerat responsable del tractament, i ha de respondre de les infraccions en què hagi incorregut personalment”.

Així, l'article 12.1 de la LOPD permet que el responsable del fitxer o tractament habiliti l'accés a dades de caràcter personal per part de l'entitat que ha de prestar-li un servei –qui assumeix la condició d'encarregat del tractament-, sense que, per mandat exprés de la llei, aquest accés pugui considerar-se com una cessió de dades. Ara bé, perquè això sigui així, l'apartat 2 del citat precepte exigeix que l'accés a dades per compte de tercers estigui regulat en un contracte que ha de contemplar els extrems que s'expliciten al mateix apartat.

Així doncs, a la vista de la normativa referida, s'ha de concloure que no serà necessari recavar el consentiment de les persones afectades per comunicar les seves dades quan la transmissió d'aquestes es produeixi entre el responsable i l'encarregat del tractament, en el marc d'un contracte que contempli les garanties previstes a l'article 12 de la LOPD.

2.- En segon lloc, cal dilucidar si el servei de prevenció aliè contractat per una organització ha de ser considerat preceptivament com a responsable del fitxer que conté les dades objecte de tractament (en aquest cas, els resultats d'exploracions mèdiques), o si, per contra, pot tenir la consideració d'encarregat del tractament.

Aquest tema ha estat expressament analitzat per l'Autoritat en el seu dictamen 51/2010, que es pronunciava en els següents termes:

“La consulta objecte del present informe fa referència a un “servei de prevenció aliè” i, per tant, entenem que es tracta d'un servei contractat per dur a terme les activitats de prevenció i protecció de riscos laborals d'una administració pública.

En tractar-se d'un servei aliè, caldria conèixer en primer lloc qui és en aquest cas el responsable de les dades que són objecte de tractament. L'article 5.1.q) del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (RLOPD), defineix la figura del responsable en els termes següents:

(...)

La consulta no concreta qui és el responsable del fitxer que conté les dades objecte de tractament. És per això que d'acord amb la definició donada per l'article 5 del RLOPD podria ser responsable del fitxer l'empresa contractada per dur a terme les activitats de prevenció i

protecció de riscos laborals, però a més, aquesta Autoritat, ha vingut admetent, de forma no coincident amb l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, la possibilitat que també pugui ser responsable la pròpia Administració pública que formula la consulta encara que no realitzés materialment les actuacions de prevenció.

En cas que el responsable del fitxer sigui la pròpia administració pública, el servei de prevenció que es contracti serà necessàriament encarregat del tractament (disposició addicional 31a de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic), i el contracte que vinculi l'Administració que formula la consulta amb el servei de prevenció ha de contenir les previsions de l'article 12 de la Llei”.

3.- Assentat doncs que, hipotèticament, és possible que s'estableixi una relació jurídica en termes de responsable i encarregat del tractament, entre una organització i el servei de prevenció aliè contractat, sempre i quan s'hagi formalitzat el corresponent contracte d'encarregat, cal analitzar seguidament si, en el cas que aquí ens ocupa, es donaria aquest supòsit. En altres paraules, es tracta d'analitzar si en els contractes formalitzats entre l'ORGT i els serveis de prevenció de riscos laborals (NEXGRUP i GESEME) figuren les garanties que exigeix l'article 12 de la LOPD.

Tal com s'ha exposat als antecedents, l'ORGT va aportar a l'Agència els contractes administratius signats pel citat organisme amb cadascuna de les empreses que, en moments diferents, han prestat el servei de prevenció de riscos laborals. Doncs bé, de l'anàlisi dels referits contractes es pot considerar que aquests recullen de forma satisfactòria les estipulacions exigides per l'article 12 de la LOPD. Atès l'anterior, la transmissió de dades entre l'ORGT i NEXGRUP –per una banda-, i entre l'ORGT i GESEME –per altra banda- estaria habilitada pel dit precepte, no sent necessari comptar amb el consentiment de les persones afectades per tal d'efectuar la dita transmissió.

4.- En el cas que ens ocupa es dóna la particularitat que existí una comunicació de dades directa de NEXGRUP a GESEME en el moment que la primera cessà en la seva relació contractual amb el responsable del fitxer (l'ORGT). Cal dir que la posada en disposició de les dades personals per part d'un encarregat del tractament -quan aquest ha finalitzat la seva relació contractual amb el responsable- a un altre encarregat designat, al seu torn, pel dit responsable, és un supòsit expressament previst en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

“Disposició addicional trenta-unena. Protecció de dades de caràcter personal.

1. Els contractes que regula aquesta Llei que impliquin el tractament de dades de caràcter personal han de respectar íntegrament la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, i la seva normativa de desplegament.

2. En cas que la contractació impliqui l'accés del contractista a dades de caràcter personal del tractament de les quals sigui responsable l'entitat contractant, aquell té la consideració d'encarregat del tractament.

En aquest cas, l'accés a aquestes dades no es considera comunicació de dades, quan es compleixi el que preveu l'article 12.2 i 3 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre. En tot cas, les previsions de l'article 12.2 de l'esmentada Llei han de constar per escrit.

Quan finalitzi la prestació contractual les dades de caràcter personal han de ser destruïdes o retornades a l'entitat contractant responsable, o a l'encarregat de tractament que aquesta hagi designat.

El tercer encarregat del tractament ha de conservar degudament bloquejades les dades mentre puguin derivar responsabilitats de la seva relació amb l'entitat responsable del tractament.

(...)".

5.- Per acabar, cal referir-se a un fet subratllat expressament per la persona denunciant, com és que NEXGRUP va facilitar les dades a GESEME en data 11/05/2010, és a dir, abans de la signatura del contracte entre aquesta darrera empresa i l'ORGT, que es va produir el dia 12/05/2010.

En efecte, consta acreditat en aquestes actuacions que NEXGRUP va fer entrega de la documentació mèdica al nou servei de prevenció de riscos GESEME el dia immediat anterior a la signatura del contracte entre l'esmentada empresa i l'ORGT, actuació que podria no haver-se ajustat de manera escrupolosa a la normativa sobre protecció de dades. Ara bé, aquesta Autoritat considera que aquesta probable divergència amb el previst a la LOPD no tindria l'entitat necessària que justificués la imputació d'una infracció, ni a l'empresa NEXGRUP –que tot sembla indicar va actuar en aquest punt seguint les instruccions del responsable del fitxer-, ni a l'ORGT, per les raons que seguidament s'exposen:

- El contracte d'encarregat entre l'ORGT i GESEME es va formalitzar just al dia següent de l'entrega de la documentació mèdica, és a dir, en un brevíssim interval de temps. A més, de la documentació que consta en aquestes actuacions s'infereix clarament que, amb anterioritat a la signatura formal del contracte, l'ORGT tenia la clara intenció de contractar amb GESEME el servei de prevenció de riscos laborals.

- L'esmentat retard d'un dia en la signatura del contracte de l'ORGT amb GESEME resulta comprensible ateses les particulars circumstàncies en què es va produir aquesta nova contractació (insolvència sobtada de l'anterior servei de prevenció).

- La data en què es va fer entrega de la documentació (11/05/2010) coincideix amb la data en què l'empresa NEXGRUP posà fi a la seva activitat i, per tant, deixava de prestar els seus serveis a l'ORGT.

Tercer.- L'article 10.2 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, preveu que:

"(...) no es formularà plec de càrrecs i s'ordenarà el sobreseïment de l'expedient i l'arxiu de les actuacions quan de les diligències i de les proves practicades, en resulti acreditada la inexistència d'infracció o responsabilitat. Aquesta resolució es notificarà als interessats".

De conformitat amb tot el que s'ha exposat en el fonament de dret anterior, i atesos els elements que concorren en el cas que ens ocupa, d'acord amb el que s'ha fonamentat en aquesta resolució, procedeix acordar l'arxiu de les presents actuacions d'informació prèvia.

RESOLC

Primer.- Arxivar les actuacions d'informació prèvia número 87/10, relatives a l'ORGT i a l'empresa NEXGRUP.

Segon.- Notificar aquesta resolució a l'ORGT, a NEXGRUP i a la persona denunciant.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa d'acord amb l'article 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, les parts interessades poden interposar, amb caràcter potestatiu, recurs de reposició davant la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el termini d'un mes a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb el que preveu l'article 116 i següents de la Llei 30/1992 o bé interposar directament recurs contenciós administratiu davant els Jutjats del Contenciós Administratiu, en el termini de dos mesos a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb els articles 8, 14 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Igualment, les parts interessades poden interposar qualsevol altre recurs que considerin convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

Esther Mitjans Perelló

Barcelona, 28 d'abril de 2011