

## **Concesión indirecta de servicios públicos y encargado del tratamiento. Informe 303/2006**

La consultante plantea que figura jurídica deben utilizar para regular la relación mantenida con la Administración Pública, fruto de la concesión de gestión indirecta de servicios públicos y si existe cesión de datos o acceso a datos por cuenta de terceros, en los supuestos en que como prestadores de servicio, le son comunicados datos personales por parte del Ayuntamiento, con la finalidad de realizar su actividad.

Con carácter general, debe recordarse que el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, establece que “no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”, haciendo con ello referencia a la figura del encargado del tratamiento, definida en el artículo 3 g) de la propia Ley como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

Para delimitar si en un supuesto concreto nos encontramos ante una cesión de datos o ante una realización de actividades reguladas por el artículo 12 de la Ley Orgánica, será preciso atender a las circunstancias de cada caso, de tal forma que existirá cesión en aquellos supuestos en los que quien reciba los datos pueda aplicar los mismos a sus propias finalidades, decidiendo sobre el objeto y finalidad del tratamiento, lo que la convertirá a su vez en un responsable del fichero o tratamiento, mientras que la figura regulada por el artículo 12 de la Ley Orgánica tendrá cabida en aquellos otros casos en que la entidad receptora de los datos se limite a efectuar determinadas operaciones sobre los mismos, sin decidir sobre su finalidad, restituyendo los datos al responsable una vez concluida la prestación contratada con aquel.

A nuestro juicio, en el supuesto planteado, entendemos que cuando el Municipio facilita el Padrón municipal al concesionario, con la única finalidad de llevar a cabo la prestación de servicios, no pudiendo utilizarlo para ninguna otra y debiendo devolverlos al Ayuntamiento una vez concluida ésta, dicha actividad encaja en la figura del encargado del tratamiento, la cual se regula en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), aunque es el artículo 3.g) de la misma el que la define como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

En consecuencia, de lo indicado anteriormente se desprende que la entidad consultante tendrá la condición de encargado del tratamiento, dado que actuará en nombre y por cuenta del Municipio, ya que éste es el titular de la actividad y así lo dispone el artículo 155.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio que establece que “Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse determinado su régimen

jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma.” Por todo ello, habrá de considerar al Municipio responsable del fichero ya que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

No obstante, para que una determinada entidad pueda ser considerada encargada del tratamiento, será preciso cumplir el régimen establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica, que exige, como premisa previa y esencial, la celebración con el responsable de un contrato por escrito o en cualquier otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, que deberá especificar las circunstancias previstas por los apartados 2 y 3 del citado precepto. Así lo ha recordado la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2003, en la que se señala que

*“Para tener la condición legal de encargado del tratamiento, al que por cierto le es de aplicación el régimen sancionador que establece la Ley Orgánica 15/1999, según dispone el artículo 43.1 de la expresada Ley, es necesario cumplir una serie de exigencias necesarias, que operan a modo de garantías, establecidas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999. Así es, cuando el tratamiento se realice por cuenta de un tercero debe constar “por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido”, por lo que no basta con acreditar que existe una relación jurídica entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento, sino que ésta ha de constar por escrito o por otra forma que permita acreditar su “celebración y contenido”. En este sentido, la propia Ley prevé un contenido mínimo del contrato entre las partes en el que deben constar una serie de estipulaciones necesarias, a saber, seguir las instrucciones del responsable del tratamiento, no utilizar los datos para un fin distinto, no comunicarlos a otras personas (artículo 12.2 párrafo primero), estipular las medidas de seguridad del artículo 9 (artículo 12.2 párrafo segundo) y cumplida la prestación destruir los datos o proceder a su devolución al responsable del tratamiento (artículo 12.3).*

*Las garantías a que se hace referencia son las expresamente exigidas por el artículo 12 de la LOPD. En este sentido, la propia Ley prevé un contenido mínimo del contrato entre las partes en el que deben constar una serie de estipulaciones necesarias, a saber, seguir las instrucciones del responsable del tratamiento, no utilizar los datos para un fin distinto, no comunicarlos a otras personas (artículo 12.2 párrafo primero), estipular las medidas de seguridad del artículo 9 (artículo 12.2 párrafo segundo), y cumplida la prestación destruir los datos o proceder a su devolución al responsable del tratamiento (artículo 12.3).”*

En cuanto al régimen jurídico será el derivado de lo previsto en el artículo 12 de la Ley, caracterizado por las siguientes notas: “En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 impone que “la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del

tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”.

- Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

- En lo referente a la cesión de los datos, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados única y exclusivamente al responsable del fichero. La Agencia Española de Protección de Datos ha considerado que será posible la subcontratación de estos servicios siempre y cuando se especifiquen los siguientes requisitos acumulativos, que deberán figurar en el contrato:

- a) Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.

- b) Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.

- c) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.

- En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la Ley Orgánica.

- Por último, según el artículo 12.4, “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo, en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen.”

Dado que el concesionario tiene la consideración de encargado del tratamiento, no podemos hablar en ningún caso de cesión, por ello la entrega de los datos al terminar la concesión, no requerirá el consentimiento del interesado y la devolución de los datos al responsable del tratamiento, esto es a la Administración, “una vez cumplida la prestación”, se ordena en el apartado 3 del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999.