

Informe Jurídico 0146/2009

La consulta plantea si la solicitud de acceso a datos de carácter personal obrantes en los ficheros del Ayuntamiento consultante efectuada por la empresa privada con la que la citada corporación municipal tiene contratado el servicio de colaboración técnica en la gestión, inspección y recaudación de los impuestos que cita, es conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

I

De los términos de la consulta parece desprenderse que la consultante se está refiriendo a una solicitud de acceso a datos de carácter personal de los contribuyentes del municipio, en tanto se manifiesta que la misma tiene su origen en un contrato de prestación de los servicios citados, que el Ayuntamiento consultante habría concertado con la empresa privada solicitante de dichos datos, con la finalidad de colaborar en la gestión de los tributos que cita.

Desde el punto de vista de la protección de datos de carácter personal, la posición jurídica que ostenta el Ayuntamiento es la de responsable del fichero o tratamiento de los datos de carácter personal referidos a sus contribuyentes, a tenor de la definición que el artículo 3 d) de la LOPD establece cuando define al mismo como “persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.” A su vez, la empresa privada que presta el servicio de colaboración en la gestión de los tributos tendría la condición de encargada del tratamiento, quedando su régimen sujeto a las previsiones contenidas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y en el Capítulo III del Título II de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

El artículo 3 g) de la LOPD define al encargado del tratamiento 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.” Definición que completa el artículo 5.1 i) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre señalando que: “ Encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por

cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.”

Por otra parte, teniendo además en cuenta la naturaleza de administración pública de la entidad consultante a la que se presta el servicio y la referencia efectuada a la existencia de un “contrato” entre la consultante y la empresa que solicita el acceso a los datos, deberá recordarse lo previsto en la Disposición adicional trigésimo primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en particular en su apartado 2, a tenor del cual “para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél tendrá la consideración de encargado del tratamiento. En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito.

Dicho precepto resulta acorde con lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor “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”.

De este modo, si la entidad privada tiene la condición de encargada del tratamiento, el acceso a los datos de los contribuyentes locales se llevaría a cabo en nombre y por cuenta de la Administración Local responsable del tratamiento, por lo que no sería preciso contar con el consentimiento de los afectados para la cesión, comunicación o acceso a los datos necesarios para la prestación del servicio objeto del contrato.

II

En todo caso, la consultante debería respetar el régimen contenido en las normas antedichas de la Ley Orgánica y del Reglamento, que pueden resumirse del siguiente modo:

a) En primer lugar, será preciso que la actuación del encargado del tratamiento se limite a la prestación de los servicios objeto de la contratación. A tal efecto dispone el artículo 20.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que “se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado”.

b) En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 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”.

c) 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”.

Añade el artículo 20.3 del Reglamento que “no obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo”. El artículo 22.1 reitera esta previsión, al indicar que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

d) Por otra parte, a fin de preservar los derechos del encargado frente a posibles responsabilidades derivadas de su actuación, dispone el artículo 22.1 del Reglamento que “el encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento”.

e) En lo referente a la posible subcontratación de los servicios prestados, el artículo 21 del Reglamento permite esta posibilidad en caso de que el responsable del fichero apodere al encargado para la celebración del segundo contrato en nombre de aquél o cuando se den los requisitos especificados en el apartado 2 del citado precepto:

- “Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar”. Si dicha circunstancia no se hubiera previsto en el contrato, deberá procederse a su modificación posterior, conforme al artículo 22.3. Igualmente, en caso de que en el contrato no conste la identificación de la empresa subcontratista “será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación”.

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

- Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica.

f) 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, detallando el artículo 82 del Reglamento el modo en que deberán implantarse las medidas.

g) En cuanto al ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, el artículo 26 del Reglamento dispone que “cuando los afectados ejercitasen sus derechos ante un encargado del tratamiento y solicitasen el ejercicio de su derecho ante el mismo, el encargado deberá dar traslado de la solicitud al responsable, a fin de que por el mismo se resuelva, a menos que en la relación existente con el responsable del tratamiento se prevea precisamente que el encargado atenderá, por cuenta del responsable, las solicitudes de ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición”.

h) 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”.

La doctrina emanada de la Audiencia Nacional ha permitido clarificar el alcance del concepto del encargado del tratamiento. Así, la Sentencia de 28 de septiembre de 2005 recuerda que “La diferencia entre encargado del tratamiento y cesión en algunos casos reviste cierta complejidad, pero como ha señalado esta Sección en la reciente sentencia de 12 de abril de 2005 (recurso 258/2003) lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto..... Siendo esencial para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado”.

En consecuencia, para determinar si nos encontramos en presencia de un encargado del tratamiento deberá analizarse si su actividad se encuentra limitada a la mera prestación de un servicio al responsable, sin generarse ningún vínculo entre el afectado (el contribuyente) y el supuesto encargado, la empresa privada.

Además, obviamente, será preciso que corresponda al responsable el poder de decisión sobre la finalidad que justifica el tratamiento, de modo que si el tratamiento procede precisamente de la voluntad de la corporación, ésta tendrá en todo caso la condición de responsable.

Ello sucederá si la empresa externa no puede en modo alguno decidir sobre el contenido, finalidad y uso del tratamiento y siempre que su actividad no le reporte otro beneficio que el derivado de la prestación de servicios propiamente dicha, sin utilizar los ficheros generados en modo alguno en su provecho, puesto que en ese caso pasaría a ser responsable del fichero.

En consecuencia, sería posible la transmisión de los datos a la consultante si la misma tiene la condición de encargada del tratamiento en los términos expuestos, o si, en caso contrario, el interesado hubiera consentido dicha cesión.

Todo ello en aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal,