

Responsabilidad del fichero de portabilidad. Informe 8/2006

La consulta plantea determinadas cuestiones relacionadas con el funcionamiento del sistema que garantiza el derecho de los abonados a la conservación de su numeración en caso de cambio de operador, conocido como portabilidad numérica.

Según se recuerda en la consulta, el sistema existente en la actualidad fue objeto de informe por parte de esta Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 15 de junio de 2000, en que se concluía en la existencia de un fichero del que serían responsables todos los operadores, siendo encargada del tratamiento la entidad con la que los mismos contrataran el establecimiento del sistema que garantizase la portabilidad. Del mismo modo, se indicaba en el informe que correspondía la notificación del fichero a efectos de proceder a su inscripción en el Registro General de Protección de Datos a cada uno de los operadores responsables del fichero.

La consulta señala que, como consecuencia de la aprobación, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de julio de 2004, de la Circular 2/2004, de 15 de julio, del citado Organismo, debe procederse a la modificación del sistema anteriormente existente, basado en el Convenio de 2 de julio de 1999, celebrado entre los operadores y la propia Comisión, por el que se creó la entidad ahora consultante.

La Circular 2/2004 modifica el régimen de la Entidad de Referencia de Portabilidad, creada por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de mayo de 1999, estableciendo el apartado cuarto de la nueva Circular los principios que rigen su funcionamiento y previendo el apartado quinto las normas referentes a su financiación.

En el nuevo modelo, la Entidad de Referencia sería soportada jurídicamente mediante la creación de una asociación sin ánimo de lucro que canalizaría las relaciones existentes entre los operadores como consecuencia de la necesidad de garantizar el derecho a la portabilidad numérica, prestando servicios de carácter técnico e informático que resultasen necesarios para llevar a cabo las transacciones vinculadas a la citada portabilidad.

Vistos todos los antecedentes, la consulta plantea si la transmisión de los datos a la nueva Asociación podría constituir un supuesto amparado por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, toda vez que dicha Asociación procedería a la contratación de la tercera entidad que prestase el adecuado apoyo al tratamiento de datos de carácter personal necesario para el mantenimiento del sistema.

Al propio tiempo, se plantea si sería posible considerar en un futuro que la nueva Asociación, que soporta jurídicamente a la Entidad de Referencia podría ser responsable único del fichero de clientes de portabilidad, del que actualmente son responsables todos los operadores intervinientes en el sistema.

La respuesta a las cuestiones planteadas debe efectuarse de forma conjunta, dado que, sin perjuicio del sistema que pretenda establecerse en el presente momento, sería preciso determinar si la Entidad de Referencia, soportada jurídicamente por la nueva Asociación podría tener la condición de responsable del fichero. En caso de ser ello posible, procedería analizar la validez del modelo que pretende instaurarse en el futuro; en caso contrario, el sistema únicamente sería posible si se mantiene el carácter de responsable del fichero de los operadores, no pudiendo la Asociación sino ser mera encargada del tratamiento.

Para resolver la cuestión, debe tenerse en cuenta el marco establecido por la Circular 2/2004, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyo apartado tercero establece claramente que “Los operadores que presten servicios con numeración telefónica deberán garantizar el derecho de sus abonados a conservar su numeración telefónica en caso de cambio de operador de acuerdo a la normativa y especificaciones técnicas vigentes”, recayendo así dicho deber directamente sobre los operadores.

Posteriormente, el apartado cuarto de la Circular establece los principios rectores de la Entidad de Referencia de la Portabilidad, disponiendo que la misma “se configura como un sistema centralizado actuando como agente intermedio de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de los números portados”.

A su vez, el número 4 del citado apartado dispone que “La operación y gestión de la Entidad de Referencia será responsabilidad exclusiva de los operadores, para lo cual establecerán un sistema organizativo de gestión de la misma adecuado al cumplimiento de los principios de la presente Circular”, recayendo en los operadores la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento de la Entidad (apartado cuarto.4), siendo dichos costes “costes de los operadores”, según el apartado quinto.1 de la Circular.

En consecuencia, el régimen establecido en la Circular considera a la Entidad de Referencia como un mero “agente intermedio” que facilita la prestación del servicio, cuya “operación y gestión” serán “responsabilidad exclusiva de los operadores”, que habrán de sufragar los costes derivados del establecimiento del sistema, al recaer directamente sobre aquéllos la obligación de garantizar el derecho de los abonados a la portabilidad numérica.

De ello se desprende que serán los operadores quienes deberán, de conformidad con lo exigido por la Circular, establecer las condiciones para la prestación del servicio, recayendo sobre ellos la responsabilidad derivada del anormal funcionamiento del servicio, pudiendo a tal efecto servirse de la mencionada Entidad de Referencia.

De este modo, habrá que concluir que serán los operadores los que deban ser en todo caso considerados responsables del tratamiento de los datos de carácter personal que resulte necesario para el cumplimiento de las garantías previstas en la Circular, siendo la Entidad de Referencia un prestador de servicios de los operadores, por lo que encajaría en la figura del encargado del tratamiento, definido por el artículo 3 g) de la Ley Orgánica 15/1999 como “a 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”.

Esta conclusión permite dar respuesta a las cuestiones planteadas, dado que no pudiendo ser la entidad de referencia sino mera encargada del tratamiento, la transmisión a la misma de las bases de datos necesarias para la garantía del derecho a la portabilidad numérica no podrá en ningún caso implicar una cesión o comunicación de datos, sino un supuesto amparado por el régimen previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, en que los operadores transmitirán los datos a la entidad de referencia para la prestación de los servicios a los que se refiere el apartado cuarto de la Circular 2/2004 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Dicho lo anterior, la cuestión que debería resolverse sería si la asociación creada para dar soporte jurídico a la Entidad de Referencia de la portabilidad, en su condición de encargada del tratamiento, podrá contratar con un tercero la prestación de los servicios necesario para garantizar el funcionamiento del sistema.

Esta tercera entidad también habría de ser considerada encargada del tratamiento, lo que plantea si resulta admisible, a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 dicha situación, toda vez que el artículo 12.2 dispone 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”.

La cuestión fue analizada por esta Agencia en informe de 24 de noviembre de 2004, en que se señalaba lo siguiente:

“Dicho lo anterior, y en lo referente a la posible subcontratación del servicio, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999 establece que en las estipulaciones del contrato debería hacerse constar que el

encargado del tratamiento no comunicará los datos, “ni siquiera para su conservación, a otras personas”.

El fundamento de dicha previsión se deriva directamente de la propia naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, si dicho derecho consiste, según indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en un poder de disposición del afectado sobre la información que le concierne, resulta lógico que, habiendo autorizado (o habiendo previsto la Ley) que los datos puedan ser objeto de tratamiento por parte de un determinado responsable, será preciso que dicho responsable conozca en cada momento que terceras entidades acceden a dichos datos, siempre en su nombre, a fin de garantizar al interesado que los datos de los que el mismo es titular no excedan del control de aquella entidad cuyo tratamiento ha sido aceptado por aquél.

Si se estableciera la posibilidad de subcontratar sucesivamente dicho tratamiento sin conocimiento del responsable, este carecería de conocimiento para poder atender cualquier reclamación efectuada por el afectado e incluso para conocer quién accede en cada momento a los datos de carácter personal cuyo tratamiento ha sido consentido por el interesado.

Teniendo en cuenta la fundamentación anteriormente citada, sí sería posible la transmisión de los datos a un tercer subcontratista en caso de que el responsable pudiera conocer específicamente esta circunstancia. Ello se lograría bien mediante su participación directa en el contrato con el tercero, bien encomendando un apoderamiento a tal efecto al encargado del tratamiento, bien haciéndose constar expresamente en el contrato firmado entre el responsable y el encargado la propia circunstancia de la subcontratación.

Así lo ha declarado esta Agencia Española de Protección de Datos en las Recomendaciones referentes al Plan de Inspección de Oficio a las empresas participantes en la elaboración de los Censos de Población y Viviendas del año 2001, de fecha 17 de julio de 2003, que se encuentran publicadas en el sitio web de la propia Agencia.

En particular, en el apartado referente al acceso a los datos por cuenta de terceros se indica lo siguiente:

“Por otro lado, de preverse o producirse por parte del prestador de un servicio una subcontratación que implique tratamiento de datos personales deberá reflejarse en el contrato los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos haciendo constar expresamente, además de las prescripciones del citado

artículo 12 que, o bien el contratista del servicio actúa en nombre y por cuenta del responsable del fichero o tratamiento o, alternativamente, 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 consecuencia, la subcontratación de terceras entidades encargadas del tratamiento será posible siempre y cuando o bien el contratista del servicio actúa en nombre y por cuenta del responsable del fichero o tratamiento o, alternativamente, se especifiquen los requisitos que se acaban de indicar.”

A la vista de cuanto se acaba de indicar, cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. La Asociación a la que se refiere la consulta, que serviría de “vehículo jurídico soporte de la Entidad de Referencia de Portabilidad” tendrá en todo caso la condición de encargada del tratamiento en relación con el fichero de clientes de portabilidad.
2. En consecuencia, la transmisión de los datos a dicha entidad únicamente podría considerarse amparada en lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, no siendo posible considerar dicha transmisión una cesión de datos amparada en el artículo 11.2 c) de la Ley Orgánica.
3. Será preciso que los operadores firmen con la Asociación un contrato que reúna los requisitos del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999.
4. Será posible la subcontratación de los servicios, siempre que se cumplan los requisitos expuestos en el presente informe.