

Encargado del tratamiento y obligación de devolución de documentación. Informe 34/2006

La consulta plantea la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, de la situación que la misma plantea.

Según se indica, el consultante viene realizando desde 1996 una determinada estadística, recogida expresamente en el Plan Estadístico Nacional. Para su realización contrata los servicios de una tercera entidad con la que celebra el correspondiente contrato administrativo. Habiendo concluido la vigencia del último contrato vigente, el consultante ha acordado la celebración del mismo con una nueva compañía, solicitando de la anterior adjudicataria la devolución de la información derivada de la prestación de su servicio y, en consecuencia, los ficheros derivados de su actividad, a lo que la anterior adjudicataria se ha opuesto, indicando, según se señala, que ésta es responsable del fichero y no puede proceder a ceder los datos a la consultante.

La primera cuestión a resolver en el presente caso es la de determinar si, como se indica en la consulta, la consultante es responsable del tratamiento efectuado, siendo la adjudicataria una mera encargada del tratamiento que actúa por cuenta de aquélla.

Según indica el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, es responsable del fichero “La persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. Por el contrario, será encargada del tratamiento, conforme al artículo 3 g) del mismo texto legal “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, la condición de responsable o encargado del tratamiento se delimita en virtud de la capacidad de decisión sobre la finalidad, contenido o uso del tratamiento que ostentará el responsable, no correspondiendo dicha potestad al encargado, habida cuenta del hecho de que el mismo se limitará a actuar en virtud de las instrucciones conferidas por el responsable del tratamiento.

Por este motivo, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999 delimita claramente 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”.

A mayor abundamiento, como indica el artículo 12.4 el encargado del tratamiento se encuentra enteramente constreñido por el servicio contratado, de modo que “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”. Quiere ello decir que en caso de que el encargado se extralimitase en la actividad desarrollada, más allá de la prevista en el contrato, el tratamiento efectuado por el mismo debería encontrarse habilitado por la Ley Orgánica, de tal suerte que, en caso de no encontrarse dicha habilitación podría dicho tratamiento ser constitutivo de infracción de la Ley Orgánica 15/1999.

Ello supone que la habilitación que ampara el tratamiento efectuado debería trasladarse desde el responsable al encargado incumplidor del encargo. Así, puede suceder que, en supuestos como el aquí analizado, mientras el tratamiento efectuado en nombre del Instituto consultante puede considerarse amparado en la Ley Orgánica, al encontrarse el mismo recogido en el Plan Estadístico Nacional, la recogida de los datos por el tercero, que ostentase la condición de responsable del tratamiento y no actuase en nombre y por cuenta del Instituto no encontraría amparo en la citada Ley, pudiendo ser por ello contrario a la Ley, dado que las disposiciones del Plan Estadístico Nacional no serían de aplicación a encuestas realizadas directamente y en su propio nombre por entidades privadas.

Dicho esto, el Plan Estadístico Nacional 2005-2008, aprobado por Real Decreto 1911/2004, de 17 de septiembre, atribuye en su Anexo III la realización de la encuesta denominada FAMILITUR al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, siendo el Instituto consultante el órgano competente para su realización de conformidad con lo establecido en el artículo 3.2 c) en relación con el artículo 3.1 d) del Real Decreto 1554/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Departamento. Según dicho precepto, corresponde al Instituto “La investigación de los factores que inciden sobre el turismo, así como la elaboración, recopilación y valoración de estadísticas, información y datos relativos al turismo”.

Por otra parte, la condición de responsable del tratamiento en este caso resulta asimismo de lo establecido en el pliego de condiciones administrativas

particulares, tal y como se reproduce en la consulta, al indicarse en las mismas que la entidad adjudicataria “no podrá copiar o utilizar (los datos) con fin distinto al que figura en este Pliego, ni tampoco ceder a otros, ni siquiera a efectos de conservación”.

Asimismo, indica el pliego que “La información, los tratamientos a que se someta, así como los documentos e informes que se generen pasarán, por el solo hecho de la adjudicación del contrato, a ser propiedad de la Administración del Estado. En todo momento la información recogida sólo podrá ser utilizada y difundida por parte de la Administración del Estado (Instituto de Estudios Turísticos) o a requerimiento de la misma. Asimismo, el resto de los documentos y los posibles ficheros de datos proporcionados por la Administración a la empresa para que eventualmente sean tratados como ejemplo, o los que se originen como consecuencia de los trabajos previos a la entrega del trabajo, no podrán ser copiados, reproducidos o facilitados para otros objetivos que no sean los de la realización del trabajo, reservándose la Administración del Estado –Instituto de Estudios Turísticos- la propiedad intelectual de los mismos”.

De este modo, la condición de responsable del tratamiento en este caso recaería sobre la entidad consultante, dado que por una parte es aquélla la competente para la realización del estudio al que se refiere la consulta y por otra su condición así se desprende del propio pliego de cláusulas administrativas del contrato, toda vez que el mismo contiene las previsiones establecidas en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, siendo así plenamente conocedora la entidad adjudicataria de su condición de encargada del tratamiento.

A mayor abundamiento, esta conclusión puede alcanzarse a la vista de lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas del contrato, también reproducido en la consulta.

Dicho esto, como se indicó, el hecho de que la relación derivada del contrato sea la existente entre un responsable y un encargado del tratamiento implicará que al término de la relación sea aplicable lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica, también previsto, como se ha indicado, en el pliego de prescripciones administrativas, de forma 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”.

El incumplimiento de esta previsión llevará aparejada la consecuencia, prevista en el artículo 12.4, al que ya nos hemos referido, de que “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”.

Por otra parte, esta Agencia Española de Protección de Datos ha venido indicando que el deber de devolución al que se refiere el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 15/1999 podrá verificarse mediante la entrega directa de los datos al propio responsable del tratamiento o mediante la realización de dicha entrega al encargado del tratamiento que este designase, toda vez que en este segundo caso el encargado actuaría como mero mandatario del responsable, siendo precisamente éste el que establece a quién han de entregarse los datos en su nombre y por su cuenta.

De este modo, cuando el responsable del tratamiento se limita a reemplazar su vínculo con un encargado del tratamiento por un nuevo vínculo con un encargado distinto que va a prestar servicios similares a los del primero, resultará suficiente para considerar cumplido lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 15/1999 que el encargado entregue los datos al nuevo encargado expresamente designado por el responsable.

Cumplido este deber, el encargado no deberá conservar los datos relacionados con la prestación de servicios a menos que ello fuera necesario para atender a las responsabilidades derivadas de su contrato y para esta exclusiva finalidad. De este modo, ni el encargado puede considerarse responsable del fichero ni podrá usar los datos para otros fines que los necesarios para atender esas responsabilidades.

La aplicación de lo que se ha venido indicando al presente supuesto implica que la empresa adjudicataria del anterior contrato debería devolver la totalidad de los datos objeto de tratamiento como consecuencia de la prestación de los servicios objeto del contrato al instituto consultante, no pudiendo en ningún caso alegar su condición de responsable del fichero, que no concurriría en este supuesto.

Al propio tiempo, dicha devolución debería verificarse bien al consultante bien al nuevo adjudicatario que aquél designase, tal y como se ha indicado.

En caso contrario, resultaría aplicable al antiguo adjudicatario lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de modo que en caso

de no haberse obtenido los datos con el consentimiento de las personas participantes en la muestra, lo que no parece ocurrir en el presente caso, dado que la muestra se obtiene, según indica la consulta, del censo de población elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, el tratamiento que se llevase a cabo por el anterior adjudicatario sería contrario al artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999